Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica

Carl Schmitt

Estudio preliminar, traducción y notas de
Montserrat Herrero

tecnos

Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica es una de las obras controvertidas de Carl Schmitt porque fue publicada en 1934, año en que colaboraba todavía con el régimen nacionalsocialista. Muchos intérpretes han visto en ella solamente un intento de justificación de la política del *Führer* —tanto como lo fueron *Staat, Bewegung, Volk* o el tan denostado artículo *Der Führer schütz das Recht,* publicado también en 1934— y han hecho de Schmitt un «teórico de partido».

Sin embargo, aunque en esta obra, que hoy ve la luz por primera vez en lengua española, Schmitt hace referencias concretas a su comprensión de la ideología nacionalsocialista, hay en ella, sobre todo, un intento científico de estudio del derecho.

Con motivo de la crítica a la teoría «pura» del derecho de H. Kelsen, intenta clarificar Schmitt su modo de entender el derecho, algo que no había hecho hasta entonces. Sus publicaciones anteriores eran más bien comentarios, unas veces críticos y otras no, al criterio adoptado por el Estado de derecho liberal-burgués. En ellas se dejaba ver la propia postura schmittiana, pero en ninguna de un modo tan rotundo como en la obra presente.

En *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* Carl Schmitt viene a reconciliar, efectivamente, las esferas del derecho y el poder en el orden concreto, cuestionando las sospechas de normativismo y decisionismo que en épocas pasadas habían pesado sobre él.

Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica

Colección
Clásicos del Pensamiento

Director
Antonio Truyol y Serra

Carl Schmitt

Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica

Estudio preliminar, traducción y notas de

MONTSERRAT HERRERO

tecnos

Título original:
Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934)

Diseño de cubierta:
Joaquín Gallego

Impresión de cubierta:
Gráficas Molina

© Estudio preliminar: MONTSERRAT HERRERO LÓPEZ, 1996
© EDITORIAL TECNOS, S.A., 1996
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 84-309-2932-0
Depósito Legal: M- 37839-1996

Printed in Spain. Impreso en España por Rigorma,
Polígono Alparrache, 28600 Navalcarnero (Madrid)

ÍNDICE

ESTUDIO PRELIMINAR. . . . . *Pág.* IX

I. Contexto biográfico de *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*..... IX
II. Contexto histórico: la ilusión nacionalsocialista..... XII
III. La teoría del *Großraum* como ejemplo de pensamiento del orden concreto XV
IV. El «pensamiento del orden concreto» frente a la «teoría pura del derecho» XVIII
V. Significación de *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* dentro de la teoría schmittiana sobre el derecho y en el contexto de la ciencia jurídica XXIV

BIBLIOGRAFÍA XXXIV

SOBRE LOS TRES MODOS DE PENSAR LA CIENCIA JURÍDICA

NOTA DEL AUTOR 3
I. DISTINCIÓN DE LOS MODOS DE PENSAR LA CIENCIA JURÍDICA 5
1. El pensamiento de reglas o leyes (normativismo) y el pensamiento del orden concreto 9
2. El pensamiento de decisiones (decisionismo) 26

3. El positivismo jurídico del siglo XIX como combinación del pensamiento decisionista y del de reglas o leyes (decisionismo y normativismo) 32

II. EL LUGAR DE LOS DIFERENTES MODOS DEL PENSAR JURÍDICO EN LA EVOLUCIÓN GENERAL DE LA HISTORIA DEL DERECHO 45
1. La evolución alemana hasta el presente... 47
2. Desarrollo en Inglaterra y Francia 59
3. El estado actual de la ciencia jurídica alemana 64

CONCLUSIÓN 75

ESTUDIO PRELIMINAR

por Montserrat Herrero

I. CONTEXTO BIOGRÁFICO DE *ÜBER DIE DREI ARTEN DES RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DENKENS*

El 30 de enero de 1933, una de las fechas más significativas para la historia política de Alemania, día en que Hitler asume el poder, ya estaba Carl Schmitt en Berlín, su gran aspiración[1]. En marzo de ese mismo año, Popitz (ministro de finanzas de Prusia) le llamaría a colaborar en algunos proyectos legislativos de envergadura: en la elaboración de una *Reichsstatthaltergesetz* y en la legislación de la *Preussische Gemeindeverfassungsgesetz* del 15 de diciembre de 1933. Probablemente en contra de su instinto político regresó en abril, para el semestre de verano, a Colonia, donde debía tomar posesión de su nombramiento en la universidad como catedrático de derecho. Allí coincidió con

[1] Günther Krauss, *Erinnerungen an Carl Schmitt,* Teil 3: 1933, en *Schmittiana I*, p. 58.

Kelsen. Pero el destino político le perseguía. El 1 de mayo de 1933 se alista Schmitt en Colonia, «como uno de tantos»[2], en las filas del Partido Nacionalsocialista. Poco más tarde, el 11 de julio de 1933, es nombrado, por el apoyo de Göring, Consejero del Estado Mayor de Prusia. Göring tenía muchas esperanzas puestas en Carl Schmitt, pero sólo él. El resto de la corte del *Reich* no veía en Schmitt más que un buen conversador. De hecho Hitler no llegó nunca a tener noticia de él[3].

Sin duda su destino le dirigía de nuevo a Berlín. De modo que sólo permaneció en Colonia ese verano y, al final del año, aunque le ofrecieron una cátedra en Múnich, vuelve a Berlín como catedrático de ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*) en la Friedrich-Wilhelms-Universität, donde permanecerá hasta el 29 de diciembre de 1945.

Por fin, en la carrera del brillante jurista, se unían aspiración y destino. En sus primeros meses en la Universidad, dedicando tiempo a las clases y seminarios (a los cuales asistía Francisco Javier Conde, quien fue buen amigo de Schmitt) y a los alumnos de doctorado, cuya formación siempre cuidó delicadamente, empieza a escribir *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*[4], libro que,

---

[2] Ingeborg Villinger, *Verortung des Politischen: Carl Schmitt in Plettenberg,* hrg. Stadt Plettenberg, Hagen: u.d. Linnepe, 1990, p. 24: «Yo me registré en el grupo local en Colonia, alrededor de finales de abril de 1933. Había una larga cola. Yo me dejé apuntar como muchos otros.»

[3] Günther Krauss, Teil 3, p. 68.

[4] Carl Schmitt,*Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* Hanseatische Verlag, Hamburgo, 1934.

según cuenta G. Krauss, quien le ayudó a mecanografiarlo, se gestó de manera dramática[5].

Fue en los primeros años de Berlín cuando se forjó el escrito objeto de nuestro estudio, momento en que Carl Schmitt aún no estaba iniciado en la disciplina del Movimiento.

En noviembre de 1933 es nombrado director del grupo de profesores de su facultad en el *Bund National Sozialistischen Deutscher Juristen* (BNSDJ), nombramiento que duró hasta 1936. A finales de este año fue objeto de un duro ataque en el periódico *Schwarzes Korps,* y desde entonces será imposible para Göring rehabilitar a Carl Schmitt dentro del Partido. En junio de 1934, asume la dirección editorial del *Deutsche Juristen Zeitung*. Es el momento de esplendor de la carrera política de Schmitt y el más controvertido. Los acontecimientos se suceden rápidamente y el *Reich* se consolida. Entonces escribe *Der Führer schütz das Recht* (1934), uno de los escritos más comprometedores y discutidos del jurista de Plettenberg. J. Freund cuenta a propósito del mismo que fue producto de un error de apreciación de la famosa «noche de los cuchillos largos» en la que Hitler eliminó a Röhm y cuatro mil cuadros de la SA, cuya disolución venían exigiendo Hindenburg y el Estado Mayor del Ejército. De acuerdo con el Estado Mayor escribió Schmitt este artículo, «El Führer protege el derecho», con la ingenua esperanza de que, interpretando el suceso como un caso

---

[5] Günther Krauss *Erinnerungen an Carl Schmitt,* Teil 4, en *Schmittiana-II*, p. 81: «*freilich unter Donner und Blitz vor sich ging*».

de «situación excepcional», Hitler recondujese su política dentro de los cauces del Estado de Derecho[6]. En ese momento se publica también *Drei Arten.*

De esta obra, traducida al italiano, al japonés y al portugués, ha existido durante mucho tiempo una edición, de 1934 en la Hanseatische Verlagsanstalt, en Hamburgo. Sólo muy recientemente, en 1993, ha aparecido una inalterada edición en la editorial Duncker & Humblot, en Berlín. Esta que presento es la primera traducción al castellano.

II. CONTEXTO HISTÓRICO: LA ILUSIÓN NACIONALSOCIALISTA

La pregunta que surge inmediatamente ante este escrito controvertido por su contenido y por su contexto es: ¿rinde Schmitt su pensamiento a la coyuntura política?

Se puede pensar que está escrito en unos años de «ilusión política», de fe y esperanza en una auténtica política que acabaría con la debilidad de la constitución de Weimar y liberaría a Alemania del peso de las consecuencias de la paz de Versalles (4.11.1918), del tratado de Paz de París (10.1.1919), del tratado de Versalles (28. 6.1919) y de la Sociedad de Naciones de Ginebra (3.2.1919-25.6.1920-27.10.1920). Política que él, a pesar de no ser un fanático alemán sino más bien eurocén-

---

[6] Julien Freund, *L'aventure du politique. Entretiens avec Charles Blanchet*, Criterion, París, 1991, pp. 52-54.

trico, veía posible en y desde la idiosincrasia del pueblo alemán. Por otra parte, Schmitt llevaba tiempo escribiendo acerca de esta preocupación. Así aparece en la recopilación de artículos *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939* publicada también en la Hanseatische Verlagsanstalt en Hamburgo en 1940.

La mencionada esperanza era sin duda el motivo que le llevaba a confiar en el nuevo Partido y, probablemente, no existía ningún otro. De hecho, la entrada de su diario correspondiente al 27 de enero de 1933 termina del siguiente modo: «El mito Hindenburg ha llegado a su fin; también el viejo era solamente un MacMahon. Schleicher se retira; llegan Papen o Hitler. El viejo se ha vuelto loco»[7]. Y al día siguiente: «Triste a la cama. Desde luego, éste es el fin, miserable. No podía dormir»[8].

Lo cierto es que el pensamiento schmittiano del orden concreto se vio entonces como un intento de crear una base jurídica para la nueva realidad política, que se empezaba a dibujar como un intento de política mundial (*Weltpolitik*)[9]. Por otro lado, desde ese momento, empiezan a aparecer en sus escritos alabanzas al Partido[10].

Sin duda alguna, ya desde el año 33 y desde luego a partir del 36 —año en que el Servicio de Seguridad-SS comienza a investigar a Schmitt—

---

[7] Ingeborg Villinger, p. 21.

[8] Ibíd.

[9] Paul Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie,* Propyläen, Francfort del Meno, 1993, pp. 193-194.

[10] Ibíd. p., 180.

tuvo que acomodarse a la situación y así aparece con claridad desde 1933 en pequeñas publicaciones como *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*; *Staat, Bewegung, Volk*; la ya mencionada *Der Führer schütz das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli. 1934*; *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*; *Die geschichtliche Lage der deutsche Rechtswissenschaft; Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, y *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*. Pero esto no afecta al escrito que tenemos entre manos, un tratado de ciencia jurídica, de teoría del derecho, no directamente comprometido con una situación que todavía era un conato, sino quizá más bien comprometido en una reacción contra el positivismo kelseniano. El motivo de este escrito era científico y no político. Tres razones fundamentalmente llevan a pensar así. La primera es que Schmitt nunca se retractó de la postura teórica fundamental esbozada en este significativo opúsculo, sino que, más bien al contrario, la mantuvo incluso después de que Alemania hubiera perdido la guerra; la segunda, que es una posición intelectual frente a la «teoría pura kelseniana», y quizás ése fuera el motivo coyuntural para la publicación del libro; la tercera, que la lógica interna del pensamiento de Schmitt acerca del derecho necesitaba de la solución del orden concreto.

III. LA TEORÍA DEL *GROßRAUM* COMO EJEMPLO DE PENSAMIENTO DEL ORDEN CONCRETO

Desde la publicación de esta obra, Schmitt nunca se salió del camino teórico del *konkretes Ordnungsdenken*. La idea de orden fue una constante en su pensamiento que se fue perfilando de diferentes modos con el transcurso del tiempo, hasta desembocar en la de *nomos* de la tierra, del año 1950. En ese transcurrir de su pensamiento se ve cómo algo —por cierto, ya anunciado en el prólogo de la segunda edición de *Politische Theologie* como «pensamiento institucional»[11]— que en 1934 fue una intuición fundamental, llegó a desarrollarse hasta dar unidad acabada a todo su pensamiento.

Como ejemplo y consecuencia de lo que acabamos de decir, apareció en 1939 el concepto de *Großraum* como un gran orden espacial que sobrepasa el orden nacional. Concepto que vive en el espíritu del pensamiento del orden concreto. Implica una concepción de la unidad política como una forma viva que tiende a salir fuera de sí, a ampliar su espacio. Nace con la pretensión de superar la visión espacial mecanicista y cuantitativa característica de la física moderna. Así, frente a un concepto de espacio vacío, neutral, propone otro

---

[11] Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlín, 1934, p. 8. Schmitt prefirió la terminología de pensamiento del orden concreto a la de pensamiento institucional por las reminiscencias inconvenientes que el término institución llevaba consigo.

cualitativa y dinámicamente configurado. El *Großraum* es un *Leistungsraum*[12]. Aunque también se ha dicho de él que es un concepto legitimador de la *Weltpolitik* nacionalsocialista, responde Schmitt categóricamente ante esta acusación: «Esa palabra *Großraum*, a pesar de ser muy querida en nuestro presente, está por encima de las coyunturas de la política diaria y periodística y de los cambios de la moda, que, por otra parte, afecta a todas las palabras»[13].

Toma el concepto del ámbito técnico-industrial-económico con intención de atribuirle un nuevo sentido fuera de ese marco[14]. El sentido que adquiere en el pensamiento de Schmitt es el de una «esfera de organización, planificación y actividad humanas originadas de una tendencia global al desarrollo»[15]. Según esto, se podría traducir como «esfera de desarrollo». Es un espacio que, a diferencia de una concepción que considera el espacio como un vacío en el que los cuerpos se mueven, resulta ser diferenciado, cualitativo, es decir, que posee en sí una medida interna, un orden. *Leistungsraum* significa para Carl Schmitt unidad de orden (*Ordnung*) y situación (*Ortung*). Es decir, un espacio con una disposición interna determi-

---

[12] Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Deutscher Rechtsverlag, Berlín/Viena/Leipzig, 1941, p. 7.

[13] Ibíd., p. 66.

[14] Carl Schmitt, *Raum und Großraum im Völkerrecht*, en *Zeitschrift für Völkerrecht*, 24 Jahrg., 1941, pp. 149-175.

[15] Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung*, p. 6.

nada y con una situación específica respecto de otros espacios. *Leistungsraum* significa espacio de desarrollo —*nomos*— en las tres direcciones que expone Schmitt en uno de los corolarios a su libro *El nomos de la tierra*[16], a saber: apropiarse, dividir y cultivar la tierra (*nehmen, teilen, weiden*). Es decir, todo *Großraum* supone un habitar, un derecho y una economía específicos.

Después del fin de la guerra, insiste Schmitt en este concepto. Y lo hace por primera vez en lengua castellana con ocasión de su nombramiento como miembro de honor del Instituto de Estudios Políticos. Su intervención quedará recogida en 1962 en la *Revista de Estudios Políticos*, bajo el título *El orden del mundo después de la Segunda Guerra Mundial*[17]. Ahí explica la forma en que —a su juicio— se estructuraría el espacio mundial entonces dividido en dos bloques. Se presentan tres posibilidades, de las cuales sólo la tercera le parece realista y adecuada. La primera —dirá—, consiste en que uno de los bloques venza al otro y así se pueda lograr la deseada unidad del mundo. La segunda estriba en mantener el mundo dividido en dos, lo cual llevaría probablemente a una tensión agudizada con el progresivo desarrollo de los

---

[16] Carl Schmitt, *Nehmen, Teilen, Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung von «nomos» her richtig zu stellen*, en *Gemeinschaft und Politik. Zeitschrift für soziale und politische Gestaltung*, 1, 3, 1953, (pp. 18-27).

[17] Carl Schmitt, *El Orden del mundo después de la Segunda Guerra Mundial*, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122. Sólo mucho más tarde, en 1990, ha sido publicado en alemán, en una traducción de P. Tommissen en *Schmittiana II*.

medios técnicos de hacer la guerra. La tercera tiene en cuenta el espacio global del planeta. Se trata de un orden de toda la tierra que ha de nacer de una nueva orientación de los órdenes elementales de la existencia terrena de los hombres, y que, por tanto, no vendrá determinado por las conquistas, sino por el desarrollo industrial-científico-técnico. Ese desarrollo lleva consigo una idea propia de espacio, a saber, la tendencia al gran espacio.

En 1978 insistirá en la misma idea: el mundo se abre a un espacio mundial único porque la naturaleza de la industria y el mercado lo permiten[18].

Este análisis lo puede hacer Schmitt sólo desde un pensamiento del orden concreto, el cual, como vemos permanece implícito hasta el final de sus escritos.

IV. EL «PENSAMIENTO DEL ORDEN CONCRETO» FRENTE A LA «TEORÍA PURA DEL DERECHO»

Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica constituye una toma de posición intelectual frente a la teoría pura del derecho kelseniana. Ello se percibe ya externamente en el vocabulario empleado. Schmitt rebate a Kelsen con los mismos términos que éste emplea en su libro *Reine Rechtslehre*[19].

---

[18] Carl Schmitt, *Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität*, en *Der Staat*, 1978, pp. 321-340,. p. 328.

[19] Utilizamos la edición castellana, *La teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México, 1940.

El estudio de Kelsen se publica también en 1934. Recordemos que Kelsen y Schmitt habían coincidido como profesores en Colonia un año antes. Kelsen vio desde un principio con buenos ojos ese encuentro e incluso apoyó el nombramiento de Schmitt pensando que surgirían fructíferas discusiones. Schmitt quizá no tenía tanto interés. El hecho es que la teoría de Kelsen acerca del derecho no era algo lejano al pensamiento científico del jurista de Plettenberg en los años anteriores a la publicación de *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*.

No se puede decir, sin embargo, que el estudio de Schmitt sea *sólo* una crítica al pensamiento de Kelsen. Aprovecha la ocasión de la crítica para perfilar, aunque sea a grandes rasgos, su propio concepto teórico del derecho. Algo que hasta entonces no había hecho.

Como es sabido, Kelsen pretende desarrollar una teoría del derecho «pura», es decir, depurada de toda ideología y de todo elemento científico-natural. La ciencia jurídica debe responder adecuadamente a las características de toda ciencia. Ha de ser objetiva y exacta. Y, sobre todo, ha de estar claramente separada de la política[20].

El derecho es concebido por Kelsen como un sistema de normas jurídicas o, lo que es igual, como una pluralidad de normas fundadas en una unidad. El fundamento de validez de ese sistema es una norma única a la que denomina «norma fundamental» (*Grundgesetz*). Una vez definido así el

[20] Ibíd., p. 19.

derecho, la consecuencia inmediata es que solamente las normas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico[21].

Ahora bien, la norma es una categoría que no encuentra aplicación en el dominio de la naturaleza. Del ser de las cosas nunca se deduce un derecho. La norma es algo abstracto. No es espacio temporal. Es simplemente un esquema de interpretación. Quien cae en la tentación de comprender la relación jurídica como una relación que se halla en lo social, una «relación de la vida», no hace más que introducir un punto de vista ideológico en la esfera pura del derecho[22]. El derecho sólo viene de la norma. De modo que un hecho o un acto sólo tiene sentido jurídico si pueden ser interpretados. de acuerdo con ella.

La validez de una norma nada tiene que ver, pues, con la realidad, sino sólo con la regla o el método específico mediante el que fue producida y establecida. Tiene que ver sólo con la norma fundamental, que no es otra cosa que la regla de acuerdo con la que son producidas las normas del orden jurídico[23]. Ellas, a su vez, son establecidas por un acto especial de institucionalización que es un acto de voluntad. Ahora bien, la norma fundamental es la condición de todo acto de instauración jurídica. Es su fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que descansa en ella[24].

---

[21] Ibíd., p. 31.
[22] Ibíd., p. 30.
[23] Ibíd., p. 97.
[24] Ibíd., p. 99.

Por otra parte, la validez de un orden jurídico no es afectada porque deje de tener eficacia alguna norma singular de ese sistema. Esa norma sigue siendo válida en tanto se encuentra dentro de un orden jurídico válido[25].

En este contexto la «imputación» es la legalidad particular del derecho. El sujeto, la persona, no es más que un «punto de imputación». El sujeto del derecho es la unidad de una pluralidad de deberes y derechos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos deberes y derechos[26].

El sistema jurídico kelseniano es compacto, no admite lagunas en la ley, en el sentido de que un conflicto jurídico no pudiera decidirse porque no pudiera aplicarse la ley por falta de un precepto. En todo caso, podría haber sólo lagunas técnicas y éstas serían rellenadas por vía de interpretación[27].

Frente a estas tesis expone Schmitt su posición, que, en ocasiones, parece una respuesta exacta a las formulaciones de Kelsen.

Para Schmitt el concepto de derecho queda determinado primariamente por un orden concreto. El derecho no se determina en primer lugar por reglas ni por decisiones, sino por un concepto de orden previo. El derecho es —diríamos «presupone», si se pudiera distinguir un momento de la vida del hombre sobre la tierra en que todavía no hubiera un *suum*— un *nomos*. Todo derecho no puede ser más que un derecho «situado».

---

[25] Ibíd., p. 106.
[26] Ibíd., p. 89.
[27] Ibíd., p. 138.

En la lógica del *konkretes Ordnungsdenken*, orden no significa en primer lugar ordenamiento, es decir, conjunto de reglas o la suma de las reglas de un conjunto, como diría Kelsen, sino la visibilidad de un *nomos*. Y *nomos* es el desarrollo de una comunidad de hombres en el espacio gracias al modo natural de ser del hombre, a las relaciones naturales que se originan entre ellos, al trabajo y a la tradición que pone de manifiesto el modo de ser de un pueblo en concreto. Es, por tanto, expresión antropológica. Es lugar concreto y tiempo concreto porque la vida del hombre es una vida en un espacio y en un tiempo concretos, es decir, con ciertas condiciones naturales y físicas pero, sobre todo, con una tradición y unas costumbres. Es trabajo y relación porque el hombre es un ser social. Orden significa, en resumen, un resultado de principios morales y racionales, configurados en las costumbres, con sentimientos, condicionamientos del entorno y a partir del hecho de que el hombre no puede vivir más que en relación con otros hombres. Todo esto es lo que Kelsen despreciaría como ideología.

Schmitt ratifica esta postura de nuevo en 1950 en *El nomos de la tierra*. El *nomos* es principio de orden, el derecho es el orden mismo para cada momento histórico concreto y para cada toma de la tierra particular. La ocupación de la tierra precede lógica e históricamente a esa ordenación[28].

El orden concreto es lo que viene a ser consi-

---

[28] C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven Verlag, Colonia, 1950, p. 19.

derado en el ámbito jurídico como una situación «normal». El concepto de normalidad no es creado de modo abstracto o hipotético, sino que nace de la sustancia jurídica. En un segundo momento, ésta se expresará en reglas generales, pero sólo como explicitación de esa sustancia, de su particularidad y de su orden interno.

El derecho positivo (*Rechtsordnung*) —el único derecho posible en la concepción kelseniana— es la expresión, mediante reglas, de un conjunto de principios, costumbres y actitudes que han cristalizado a lo largo del tiempo en la vida de relación de un pueblo concreto que ocupa un espacio determinado. Por tanto, nada abstracto. El derecho positivo muestra un orden interno por una estructura externa. Es un signo público de orden[29]. Su publicidad se logra a través de formas determinadas, la más apropiada de las cuales es la «institución». El orden pertenece a la esfera de la vida y, por tanto, no se puede formar de modo sistemático-técnico —como pretende Kelsen— sino de modo institucional.

En este contexto la norma deja de ser un fantasma ideal para ser manifestación de un orden, un medio para la realización del derecho. Depende del orden concreto y pierde su validez en cuanto deja de corresponderle.

---

[29] Ibíd., p. 13.

V. SIGNIFICACIÓN DE *ÜBER DIE DREI ARTEN DES RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DENKENS* DENTRO DE LA TEORÍA SCHMITTIANA SOBRE EL DERECHO Y EN EL CONTEXTO DE LA CIENCIA JURÍDICA.

La afirmación que aparece en la presentación (escrita en 1968) de la edición de 1969 de *Gesetz und Urteil* bastaría para situar este estudio en el marco de la teoría schmittiana sobre el derecho. Afirma con la perspectiva del tiempo: «La obra *Gesetz und Urteil* del año 1912 trata de la decisión judicial y de su autonomía frente a la norma, a cuyo contenido jurídico remite para su fundamentación. La progresiva reflexión sobre el significado propio de la decisión como tal ha conducido más tarde [*Die Diktatur,* 1921; *Politische Theologie,* 1922; *Der Hüter der Verfassung* , 1931; *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934] a la idea de que la esfera total del derecho está estructurada no sólo en normas, sino también en decisiones e instituciones [órdenes concretos]»[30].

Esta afirmación indica que no hubo propiamente «etapas» contradictorias en su pensamiento, sino una profundización en la comprensión de qué significa lo jurídico y el derecho en su totalidad o —como dice Schmitt en el lugar que acabamos de

---

[30] Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum problem der Rechtspraxis*, 2.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, Múnich, 1969.

citar—, «la esfera total del derecho». *Drei Arten* recoge, por tanto, una posición final del jurista acerca del derecho, pero sus tesis fundamentales no contradicen a las publicaciones anteriores. Por consiguiente, la significación fundamental de esta obra consiste en que Schmitt matiza en ella las afirmaciones hechas anteriormente y las pone en su lugar dentro del propio sistema.

En segundo lugar, es significativa dentro del contexto científico del momento, porque se desliga de la tradición positivista para proponer un nuevo modo de pensar científico-jurídico. El ambiente intelectual de la época en que Schmitt vivió y pensó estaba dominado por el dualismo resultante de la convivencia del neokantismo, en el que él se forma como jurista, y el positivismo que proclama el triunfo de la objetividad empírica. En ese contexto, derecho es solamente aquello que está en la ley. Existen además unos medios de interpretar la ley en orden a su aplicación, y también lo que con ellos se deduce de la ley es derecho y lo demás no tiene ninguna trascendencia jurídica. Frente a esto, el orden concreto supone una innovación porque valora la relación con la realidad a la que está ordenado y de la que recibe su contenido. El nuevo planteamiento que se esboza en *Drei Arten* pone de manifiesto que en la vida real está marcado y constituido un orden «existente de suyo», que el derecho, como ciencia, se limita a actualizar normativamente.

El reto que ofrecía la dualidad entre normativismo y positivismo a la ciencia jurídica era hallar un puente que uniera dos realidades, la norma y la decisión. Schmitt que sabía ver el signo de los tiempos, aceptó ese reto.

El problema de fondo no estaba en optar por una u otra escuela, sino en analizar las relaciones entre derecho y poder (*Recht und Macht*) y solucionar la dicotomía que siempre se presenta entre ambas esferas de la realidad.

Ya en uno de sus primeros escritos, en 1917, se plantea ese problema[31]. La esfera del derecho y la esfera del poder son dos esferas en principio cualitativamente distintas, por lo que no se puede dar entre ellas ninguna relación de causalidad[32]. La relación dialéctica derecho-poder se espejea en otras dicotomías clásicas como son: ser-deber ser, *potestas-auctoritas*; *ratio-voluntas*; objetividad-subjetividad; norma impersonal-voluntad personal; Estado-derecho, en las que se hace patente del mismo modo la irreductibilidad.

En 1926[33] volvió a plantearse la misma cuestión. La respuesta al dualismo es que no existe una solución definitiva, sino sólo un movimiento pendular entre ambos polos condicionado por las circunstancias históricas concretas. Esta intuición quedará plasmada en *Drei Arten,* cuando señala que a cada pueblo en concreto le corresponde, por su propia idiosincrasia, un modo de pensar científico-jurídico distinto.

El curso del pensamiento schmittiano, plasmado

---

[31] *Recht und Macht*, en *Summa. Eine vierteljahresschrift*, 1, 1, 1917-1918, pp. 37-52.

[32] Carl Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, J. C. B. Mohr, Tubinga, 1914, p. 39.

[33] Carl Schmitt, *Zu Friedrich Meineckes «Idee der Staatsräson»*, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 56, 1, 1926, pp. 226-234.

en su obra y considerada ésta en su totalidad, dibuja la línea de génesis y formación del derecho desde su origen y fundamentación hasta su aplicación última. Se puede así hablar de diferentes «momentos» en la génesis del derecho. Hay que distinguir entre los conceptos de: derecho (*Recht*), idea de derecho (*Rechtsbegriff*), derecho positivo (*Positives Recht*) y realización del derecho (*Rechtsanwendung*). Todos ellos pertenecen a la esfera del derecho pero se refieren a distintos momentos del proceso de creación del mismo. En primer lugar, el derecho hace referencia a la realidad, al orden de la vida real de un pueblo, es algo sustancial, *óntico*; la idea del derecho pertenece, sin embargo, al mundo *lógico*; el derecho positivo lo hace concreto al quedar escrito por obra de una voluntad, es *ontológicamente concreto*; y, finalmente, en la realización del derecho, es decir, en la decisión del juez, se hace el derecho *prácticamente concreto*. Es decir, la idea de Derecho se convierte en derecho positivo a través de la decisión política y el derecho positivo se realiza en la práctica gracias a la decisión judicial.

Sólo en este contexto se comprende por qué le interesa a Schmitt subrayar en algunas publicaciones la importancia de la norma, y en otras la importancia de la decisión.

Así, por ejemplo, en *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914), influido por el normativismo reinante, trató el tema de la distinción entre derecho y poder poniendo de manifiesto que la esfera del derecho, en cuanto idea del derecho, es decir, en cuanto trabazón lógica, es abstracta. Si se toma como único marco de referencia no tiene que ver ni con la realidad ni con la volun-

tad. Es, así, irreductible a la esfera del poder, porque es cualitativamente distinta. Insiste en que el derecho es abstracto porque, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, permanece como tal en la idea hasta que una voluntad no lo hace positivo. Sólo por un acto especial de institución, que es un acto de voluntad, pasa a existir realmente.

El dualismo entre derecho y poder se encarna en la figura del soberano. En ella aparece, de hecho, el problema de toda legitimación de la soberanía: cómo conectar la decisión con la forma jurídica[34] o, dicho de otro modo, como conectar *auctoritas* y *potestas*. El dualismo sólo se resuelve mediante la decisión. Pero no en general, sino en la decisión que se toma en los diferentes niveles, es decir, tanto en la decisión del soberano como en la del juez.

A partir de aquí, Schmitt va a destacar continuamente la importancia de la decisión en el marco jurídico-político. De ahí que en ocasiones se le haya tachado de decisionista a ultranza. Las afirmaciones que hace en la *Teoría de la Constitución*, (*Verfassungslehre*), y la devoción a Hobbes corroboran este juicio. La decisión tiene un papel fundamental en la realización del Derecho. Una norma no puede realizarse por sí misma, necesita de una voluntad que la haga derecho positivo y que, una vez positivizada, la haga valer. Así, la Constitución expresa la voluntad política existencial de aquel que la da. Si no hay una voluntad que ponga positivamente un conjunto de normas como Constitución y las haga valer, esta última no existirá por sí misma.

---

[34] Carl Schmitt, *Politische Theologie*, pp. 25-46.

La normación constitucional presupone una voluntad existente. Parecería según estas frases que Schmitt ha reducido el derecho al poder. Sin embargo, sólo está intentando poner de manifiesto la importancia de la voluntad a la hora de dar positividad al derecho que es previo a esa positivización. Si no hubiera un derecho sustancial y una idea de derecho, no habría nada que positivizar. El acto de voluntad estaría vacío.

Las distintas obras de Schmitt acerca del derecho se refieren, por tanto, a diferentes momentos del proceso de su creación, de modo que no pueden considerarse al mismo nivel, y sin más ser declaradas contradictorias.

Al primer momento hacen referencia las obras que aluden al *nomos* de la tierra: *Der Nomos der Erde* (1950), *Nehmen, Teilen, Weiden* (1953), *Nomos/Nahme/Name* (1959). Al segundo momento, es decir, al momento de conceptualización del derecho, alude principalmente la obra que presentamos, a la que debe añadirse *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, conferencia que fue pronunciada varias veces por Schmitt, dos de ellas en España, entre los años 1943 y 1944. Al momento de origen del derecho positivo aluden *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914), *Politische Theologie* (1922) y *Verfassungslehre* (1928). Al momento de realización o aplicación del derecho, sobre todo, el opúsculo citado *Gesetz und Urteil* (1912).

Como se puede observar por las fechas de publicación, el proceso de investigación nace de la preocupación por la práctica jurídica y se retrotrae a la pregunta por su fundamentación, es decir, por el

derecho como tal. El proceso cronológico de publicación es inverso al lógico de la génesis del derecho. Por eso, no es de extrañar que Schmitt tome postura sobre su idea del derecho en una fecha tardía.

Lo cierto es que esa línea de su modo de pensar científicamente el Derecho aclara —a mi entender— las posibles paradojas que pudieran darse a raíz de las afirmaciones de dos de sus obras anteriores: *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914) y *Verfassungslehre* (1928). O dicho de otra forma: difumina las sospechas de normativismo y positivismo que pesaron sobre él desde su publicación. Esas obras han dado pie a pensar así porque se las toma aisladamente, y no con relación al conjunto de la mencionada evolución. La importancia de la obra que presentamos, y ésta es la tercera razón de su significado, en el contexto de la propia producción de Schmitt, viene de que matiza y aclara el posible normativismo o decisionismo del pensamiento schmittiano, para enmarcarlo definitivamente en la teoría del orden concreto.

En *Drei Arten*, Carl Schmitt viene a reconciliar, efectivamente, las esferas del derecho y el poder en el orden concreto. Y con las críticas al normativismo y al decisionismo, elimina las sospechas arriba mencionadas.

El planteamiento normativista tiene en opinión de Schmitt dos fallas fundamentales: en primer lugar, no cae en la cuenta de que para que sea posible el gobierno de la norma es necesario que exista una situación normal. Por ello, tal gobierno depende de un orden concreto. En segundo lugar, no cae

en la cuenta del objeto con que se enfrenta tal normación. Pierde de vista la realidad, que es cambiante, supone novedad y, por tanto, no siempre se ajusta a la norma.

El decisionismo parte, por su lado, de algunos presupuestos no aceptables. La decisión absoluta tal y como la describen los decisionistas, tiene su origen en una nada en lo que se refiere a la norma y en un desorden en lo que se refiere a la situación concreta. Es la decisión la que funda tanto la norma como el orden. Previamente a ella lo único que existe es el caótico estado de naturaleza hobbesiano, un estado de infelicidad, desorden e inseguridad, de lucha de todos contra todos. La decisión absoluta es el absoluto comienzo. Pero no hay tal.

Desde el pensamiento del orden concreto tanto la norma como la decisión quedan enmarcadas en un orden.

La norma positiva se comprende en este contexto como un medio para la realización del derecho. El derecho positivo es la publicidad de un orden y, por tanto, la ley es manifestación de ese orden. No es un *deber ser abstracto*, sino expresión de un orden, de la sustancia jurídica como ya dijimos. Sólo cuando se produce una conducta anormal, una situación anómala, se toma conciencia de que una norma ha sido infringida. Y entonces, al mostrarse como un *deber ser concreto*, aparece la necesidad de positivizar.

En el *Ordnungsdenken* también la decisión se hace dependiente del orden concreto. Según Schmitt la decisión nace, bien de la necesidad de restablecer un orden, bien de la necesidad de buscar un orden nuevo. Para no desligarse del marco

del derecho, ha de hacerse siempre dependiente de un orden. La fuerza sola no constituye derecho.

Ahora bien, dentro de un orden concreto, la decisión tiene una función clave. Gracias a ella, en un primer nivel —político— se sostiene el marco legal, y se da seguridad y concreción a la esfera del derecho, con lo que éste pasa a estar formulado en leyes; y, en un segundo nivel —jurídico— se asegura la realización del mismo. Pero es menester repetir que ni siquiera la decisión política soberana, la decisión por antonomasia en opinión de Schmitt, que versa sobre el caso de excepción[35], puede prescindir del orden concreto, el cual a su vez tampoco puede formarse sin la cooperación de las decisiones morales (nivel previo de la decisión que conecta la esfera privada con la pública) de las personas que forman la sociedad. Se ha de considerar, en primer lugar, que el soberano[36] no decide por referencia a un orden jurídico expresado en normas, sino por referencia al orden concreto de la situación en que decide. El caso excepcional no es el caos. Se define más bien como la situación no prevista en el orden jurídico vigente[37], lo que no quiere decir que no subsista en ella un orden, aunque éste no sea jurídico. En segundo lugar, un soberano con un poder supremo independiente tanto del orden jurídico como de la situación de las cosas, es decir, una pura voluntad de poder, no es para Schmitt más que una

---

[35] Ibíd.

[36] Hay que recordar en este punto la definición del soberano de Schmitt: «Soberano es quien decide en caso de excepción». (ibíd., p. 11).

[37] Ibíd., p. 36.

fantasía. No existe un poder incontrastable que funcione con la seguridad de una ley física. Para la definición del soberano se precisa de una conexión con el ámbito jurídico, que viene determinada, en la teoría de Schmitt, de la dependencia del orden concreto. Así, frente al planteamiento decisionista, el orden no es sólo consecuencia, sino también fundamento de la decisión política.

Las razones que hemos señalado ponen de manifiesto hasta qué punto es importante *Drei Arten* para comprender el pensamiento de Carl Schmitt con respecto al Derecho.

El desconocimiento que la crítica ha tenido de esta obra le ha hecho sufrir durante bastante tiempo una cierta incomprensión, que le sitúa del lado del decisionismo y la dictadura, cuando, en realidad, la aportación de Carl Schmitt a la historia del pensamiento político le sitúa como un pensador del orden y de la historia concretos. Ésa es precisamente su originalidad.

Como dice al final de su libro *Der Begriff des Politischen*: «El espíritu lucha contra el espíritu, la vida contra la vida, y, de la fuerza de un saber integral, se origina el orden de las cosas humanas. *Ab integro nascitur ordo*»[38].

***

Agradezco a los profesores Álvaro d'Ors, Rafael Alvira y Dalmacio Negro las precisiones terminológi-

---

[38] Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, Berlín, 1963, p. 95.

cas que me han sugerido durante la traducción y las ideas que en el curso de numerosas conversaciones han orientado este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA *

1. OBRAS DE CARL SCHMITT RELACIONADAS CON EL ESTUDIO QUE REALIZA EN *ÜBER DIE DREI ARTEN DES RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DENKENS*

— *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, 1912.
— *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tubinga, 1914.
— *Recht und Macht*, en *Summa. Eine Vierteljahresschrift*, 1, 1917, pp. 37-52.
— *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveranitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Múnich/Lepzig, 1921. (Hay traducción española: *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*, traducción de José Díaz García, Alianza, Madrid, 1985.)
— *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität*, Berlín/Múnich/Leipzig, 1922. (Hay traducción española: *Teología política. Cuatro capítulos acerca de la soberanía*, traducción de Javier Conde, Cultura Española, Madrid, 1941.)
— *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamen-*

---

* A lo largo del estudio, la bibliografía que aparezca repetidamente se citará por el nombre del autor. Las obras de Carl Schmitt se citarán de modo abreviado siempre que se acuda a ellas más de una vez. En la bibliografía seleccionada se incluyen las obras más destacadas de Carl Schmitt y, de entre los numerosos estudios que se han publicado sobre la obra de Schmitt, los más recientes y los que tienen directamente que ver con la obra traducida. También se incluyen las publicaciones periódicas o eventuales dedicadas a Carl Schmitt.

tarismus, Múnich/Leipzig, 1923. (Hay traducción española: *Sobre el parlamentarismo*, traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Tecnos, Madrid, 1990.)
— *Zu Friedrich Meineckes «Idee der Staatsräson»*, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 56, 1, pp. 226-234.
— *Verfassungslehre*, Múnich/Leipzig, 1928. (Hay traducción española: *Teoría de la Constitución*, traducción de Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 1991.)
— *Der Hüter der Verfassung*, Tubinga, 1931. (Hay traducción española: *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Labor, Barcelona, 1931.).
— *Legalität und Legitimität*, Múnich/Leipzig, 1932. (Hay traducción española: *Legalidad y Legitimidad*, traducción de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971.)
— *Der Begriff des Politischen*, Múnich/Leipzig, 1932. (Hay traducción española: *El concepto de lo político*, traducción de Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 1991.)
— *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politische Einheit*, Hamburgo, 1933.
— *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburgo, 1934.
— *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, en *Deutsches Recht*, 4, n.º 10, 1934, pp. 225-229.
— *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*, 1923-1939, Hamburgo, 1940.
— *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für Raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Berlín/Viena/Leipzig, 1941.
— *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, 1950. (Hay traducción española: *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del jus publicum europaeum*, traducción de Dora Schilling Thon, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.)
— *Nehmen, Teilen, Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschäftsordnung vom «nomos» her richtig zu stellen*, en *Gemeinschaft und Politik*, 1, 3, 1953, pp. 18-27. [Hay traducción española: *Apropiación, Partición, Apacentamiento*, en *Boletín informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, n.º 2 (enero-febrero), 1955, pp. 3-14. traducción de Antonio Truyol y Serra.]

— *Nomos-Nahme-Name*, en *Der beständige Aufbruch. Festschrift für Erich Pryzwara*, Núremberg, 1959, pp. 92-105.
— *El orden del mundo después de la Segunda Guerra Mundial*, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 1962, pp. 19-38.
— *Politische Theologie II. Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Berlín, 1970.

II. OBRAS SOBRE CARL SCHMITT (SELECCIÓN)

Bendersky, Joseph W.: *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, 1983.
Beneyto, José María: *Politische Theologie als Politische Theorie. Eine Untersuchung zur Rechts und Staatstheorie Carl Schmitt und ihre Wirkungsgeschichte in Spanien*, Berlín, 1983.
Bielefeldt, Heiner: *Kampf und Entscheidung. Politischer Existentialismus bei Carl Schmitt, Helmuth Plessner und Karl Jaspers*, Wurzburgo, 1994.
Caamaño-Martínez, José: *El pensamiento político-jurídico de Carl Schmitt*, Santiago de Compostela, 1950
Estévez Araújo, José Antonio: *La crisis del Estado de Derecho liberal: Schmitt en Weimar*, Barcelona, 1989.
Gómez Orfanel, Germán: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, 1986.
Kaufmann, Matthias: *Recht ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitt Staats- und Rechtslehre*, Friburgo, 1988.
Kervégan, Jean F.: *Hegel, Carl Schmitt: Le politique entre spéculation et positivité*, París, 1992.
Laak, Dirk v.: *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlín, 1993.
Maschke, Günter: *Der Tod des Carl Schmitt*, Colonia, 1987.
Meier, Heinrich: *Carl Schmitt, Leo Strauss und «Der Begriff des Politischen». Zu einem Dialog unter Abwesenden*, Stuttgart, 1991.
— *Die Lehre Carl Schmitt. Vier Kapitel zur Unterscheidung*

Politischer Theologie und Politischer Philosophie, Stuttgart/Weimar, 1994.
Meuter, Günter: *Der Katechon. Zu Carl Schmitt fundamentalistischer Kritik der Zeit*, Berlín, 1994.
Noack, Paul: *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Berlín, 1993.
Ors, Álvaro d': *De la guerra y de la paz*, Madrid, 1954.
Quaristsch, Helmut: *Positionen und Begriffe Carl Schmitt*, Berlín, 1991.
Schwab, George: *The Challenge of exception: An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlín, 1970.
Schneider, Peter: *Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*, Stuttgat, 1957.
Sombart, Nicolaus: *Die deutschen Männer und ihre Feinde*, Múnich/Viena, 1991.
Villinger, Ingeborg: *Verortung des Politischen: Carl Schmitt in Plettenberg*, La Haya, 1990.
— *Carl Schmitt Kulturkritik der Moderne. Text mit Kommentar und Analyse der «Schattenrise» des Johannes Negelinus*, Berlín, 1995.

ESCRITOS EN COLABORACIÓN

— *Ephirrosis. Festschrift für Carl Schmitt. Zum 65. Geburtstag*, Düsseldorf, 1953.
— *Festschrift für Carl Schmitt. Zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1959.
— *Ephirrosis. Festschrift für Carl Schmitt. Zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1968.
— *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlín, 1988.
— *Schmittiana I*, Bruselas, 1988.
— *Schmittiana II*, Bruselas, 1990.
— *Schmitiana III*, Bruselas, 1991.
— *Schmittiana IV*, Berlin, 1994.

SOBRE LOS TRES MODOS DE PENSAR LA CIENCIA JURÍDICA

NOTA DEL AUTOR

En esta obra se basan las conferencias que impartí el 21 de febrero de 1934 en la *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, y el 10 de marzo de 1934 en la *Tagung des Reichsgruppenrates der Referendare* (juristas jóvenes) del *Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen en Berlín.*

I. DISTINCIÓN DE LOS MODOS DE PENSAR LA CIENCIA JURÍDICA

Todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos. Conforme a esto se determinan los tres modos del pensamiento jurídico que se van a distinguir aquí.

Todo pensamiento jurídico trabaja tanto con reglas, como con decisiones, como con órdenes y configuraciones. Pero la concepción última que se posea acerca de lo jurídico, de la cual será deducido todo lo que posteriormente venga a ser considerado jurídico, es siempre sólo una: bien una norma (en el sentido de regla o ley), bien una decisión, bien un orden concreto. También tras todo derecho natural o racional —los cuales son también un desarrollo, llevado hasta sus últimas consecuencias, de un modo de pensar jurídico— se encontrará, como representación última del derecho bien una norma, bien una decisión, bien un orden y, como consecuencia, se definirán los distintos tipos de derecho natural o racional. El dere-

cho natural aristotélico-tomista de la Edad Media. por ejemplo, es un modo de pensar científico-jurídico sobre la noción de orden. El derecho racional de los siglos XVII y XVIII, por el contrario, es en parte un normativismo abstracto y en parte un decisionismo. Según el diferente rango que se atribuya en el pensamiento jurídico a aquellos tres distintos conceptos jurídicos y según el lugar que ocupen. por el cual uno se deduce de otro o uno es reconducido a otro, se distinguen los tres modos del pensar jurídico, el legal o normativo, el decisionista y el del orden y configuraciones concretos.

Cuando en un determinado ámbito del saber se establecen diferentes tipos y modos de pensar. generalmente ocurre que a esa distinción se añaden muchas otras pertenecientes a un ámbito de saber vecino, las cuales aunque en ocasiones puedan ser precisas, son la mayoría de las veces generales, y han de ser tomadas en un sentido amplio. También las tipificaciones filosóficas o caracteriológicas influyen en la ciencia jurídica. También entre los juristas se puede distinguir entre platónicos y aristotélicos, entre ontologistas, idealistas. realistas, nominalistas y entre inteligencias discursivas e intuitivas. Del mismo modo que en cualquier ámbito del saber, también en la ciencia jurídica se traslucen las diferentes actitudes humanas generales (*habitus*); se pueden encontrar flemáticos y sanguíneos, naturalezas más inclinadas a lo dinámico y otras más inclinadas a lo estático. voluntaristas e intelectualistas, etc. También se pueden reconocer momentos de desarrollo y edades en la historia del derecho; así, por ejemplo, Savigny ha distinguido entre infancia, juventud, madurez y

vejez de un pueblo con el fin de interpretar la necesidad de codificar el derecho como signo del declive de la edad de juventud y para negar la necesidad de un código de derecho civil para el aún joven pueblo alemán. Otra cuestión diferente sería la de si se puede situar la totalidad de la ciencia jurídica o algún ámbito o materia de ella de modo particular en un determinado modo de pensar o en un determinado tipo humano; si, por ejemplo, como creo, el pensamiento jurídico auténtico, al menos en el derecho público, es realista, mientras que un nominalismo consecuente pone en peligro o destruye la buena jurisprudencia, y a lo sumo puede tener algún papel en el tráfico civil.

No obstante, el tema de esta obra aborda un problema diferente, a saber, examinar y diferenciar no desde fuera, sino desde dentro del propio trabajo jurídico-científico, los distintos modos del pensar jurídico teóricos, prácticos e histórico-intelectuales más destacados. Discurre por el camino de la observación concreta, el cual probablemente conduce mejor a un resultado que las disquisiciones metodológicas generales o de teoría del conocimiento sobre la pura posibilidad lógica o las puras condiciones formales de una ciencia jurídica en general. A la cuestión sobre si esas disquisiciones generales pueden alcanzar un objeto jurídico concreto o por el contrario se quedan del todo vacías y sin objeto, se puede responder solamente desde la distinción de los tres modos del pensar científico del derecho. Las premisas formales y las supuestas categorías puras en la ciencia jurídica son solamente consecuencia de la autoafirmación incondicional de un determinado modo de pensar

jurídico. En cuanto éste se reconoce como tal se comprende y sitúa correctamente la lógica de su método de pensamiento.

Es de gran trascendencia saber qué tipo de pensamiento jurídico se impone en un determinado tiempo y en un determinado pueblo. Los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y a la supremacía de uno sobre otro puede vincularse un dominio intelectual y con ello político sobre un pueblo. Hay pueblos que existen sin suelo, sin Estado, sin Iglesia, sólo en la «ley»; para ellos aparece el modo de pensar normativista como el único razonable, y cualquier otro modo de pensar jurídico, como inconcebible, místico, fantástico o irrisorio. Por el contrario, el pensamiento jurídico alemán de la Edad Media era claramente un pensamiento del orden concreto. Posteriormente la recepción que del derecho romano hicieron los juristas alemanes desde el siglo XV lo desplazó y promovió un normativismo abstracto. En el siglo XIX una segunda recepción, de no menos consecuencias, la de un normativismo constitucional de fundamentación liberal apartó al pensamiento jurídico constitucional alemán de la realidad concreta de los problemas internos de Alemania y lo desvió hacía el pensamiento normativo del «Estado de derecho». Es lógico que las recepciones de sistemas jurídicos extranjeros tengan tales efectos. Toda configuración de la vida política está en una inmediata y recíproca relación con el modo de pensar y argumentar específico de la vida jurídica. Por ejemplo, no se puede decir que la conciencia jurídica, la práctica jurídica y la teoría jurídica de una comunidad feudal se distingan

del modo de pensar jurídico «comercial» del orden de intercambio del derecho civil, sólo en el método y en el contenido de la realidad jurídica particular. Sino que lo significativo en la distinción de los diferentes modos del pensar científico del derecho es que la diferencia fundamental se pone de manifiesto en los presupuestos y fundamentos de un orden global, en las características de lo que se puede considerar una situación normal, una persona normal, y en los concretos tipos de la vida que debe ser considerada justa —reconocidamente propuestos en la vida y en el pensamiento jurídicos—. Sin continuas, ineludibles e imprescindibles apariencias concretas no es posible ni una teoría jurídica ni una praxis jurídica. Estas apariencias jurídicas, sin embargo, proceden directamente de los presupuestos concretos de una situación considerada normal y de un tipo de persona considerado normal. De ahí que sean diferentes tanto según las épocas y los pueblos, como según los distintos modos del pensar científico del derecho.

1. EL PENSAMIENTO DE REGLAS O LEYES (NORMATIVISMO) Y EL PENSAMIENTO DEL ORDEN CONCRETO

Parto de la base de que la distinción de los modos del pensar científico del derecho depende de que el derecho sea concebido como regla, como decisión o como un orden concreto. Es bastante comprensible que cada uno de los tres tipos de pensamiento jurídico equipare la idea específica de su propio tipo —es decir, la norma, la decisión, o el

orden concreto— con el concepto mismo de derecho, y niegue a los otros tipos la pretensión de ser un pensamiento «estrictamente jurídico». Por ello nuestro modo de proceder no empieza en contraposiciones, como derecho y decisión, derecho y ley, o derecho y orden, puesto que en esas antítesis se oculta ya todo un mundo de previas posiciones. Por la misma razón, sería también más prudente no hablar por igual de normas jurídicas, decisiones jurídicas y órdenes jurídicos, porque no se trata de la contraposición entre derecho y norma, decisión u orden, sino de la distinción entre el pensamiento normativo, el pensamiento decisionista y el pensamiento del orden, cada uno de los cuales pretende tener razón. Cada uno de ellos afirma haber desentrañado el sentido y la esencia del derecho; cada uno se esfuerza por llegar a ser universal y, a partir de sí mismo, juzgar jurídicamente los otros dos conceptos.

Cuando, por ejemplo, solemos hablar de un «orden-jurídico» (*Rechtsordnung*), sin previamente haber aclarado la relación que existe entre los términos «jurídico» (*Recht*) y «orden» (*Ordnung*), lo que hacemos es manejar una de las muchas palabras compuestas y ambiguas típicamente frecuentes y apreciadas en el siglo XIX. Existen compuestos conceptuales muy efectivos que unen dos elementos igualmente actuales y esenciales, como son *Nord-Deutschland*, Latinoamérica, etc. En este sentido, es necesaria una palabra como «nacional-socialismo», porque pone fin a la separación y contradicción que existe entre los conceptos de nacionalismo y de «lo socialista», y, a la vez, de socialismo y «lo nacional». Sin embargo, también hay

combinaciones de palabras superficiales, con las que en vez de una unidad comprehensiva, se consigue solamente una vaga asociación oscilante o un diletante «así o asá». La conjunción de palabras y conceptos «orden-jurídico» ya no pertenece al grupo de las buenas palabras combinadas, porque puede ser utilizada para velar la diferencia que existe entre el modo de pensar de reglas y el modo de pensar del orden. Porque, si en «orden jurídico» se concibe el derecho como norma abstracta, regla o ley —y todo jurista que piensa normativamente lo considera sin más en este sentido—, entonces, partiendo de esa concepción del derecho normativista, todo orden queda convertido en un puro compendio o suma de reglas y leyes. De ahí proceden las conocidas definiciones conceptuales de los manuales, las cuales, bajo el dominio del pensamiento normativista, reducen cualquier orden concreto a reglas legales, hasta el punto de que todo derecho y todo orden quedan definidos como un compendio de reglas o algo similar. Pero también la expresión «orden jurídico» admite lógica y literalmente que, partiendo de la noción de orden concreto, el derecho no se conciba como «regla jurídica», sino que más bien se defina a partir de una idea propia de «orden», y se supere así la apropiación normativista de la noción de derecho y la conversión del orden jurídico en una simple regla jurídica.

Para el modo de pensar jurídico del orden concreto, el «orden», también el jurídico, no es considerado ante todo como una regla o una suma de reglas, sino que, por el contrario, la regla se concibe únicamente como un elemento e instrumento

del orden. De ahí que el pensamiento de normas y reglas sea sólo una parte restringida, y precisamente derivada, de la total y plena temática de la ciencia jurídica. La norma o regla no crea el orden, tiene más bien, sobre el terreno y en el marco de un orden dado solamente una cierta función reguladora; en la que la medida de validez, en sí autónoma, de la ley, es decir, independiente de la situación de las cosas, es relativamente pequeña. Por el contrario, característico de un método puramente normativo es el aislamiento y absolutización de la norma o regla (en contraposición con la decisión o el orden concreto). Cualquier regla, cualquier normación legal regula muchos casos. Se eleva sobre un caso particular y sobre la situación concreta, y de ese modo adquiere, como «norma», una cierta superioridad y sublimidad sobre la mera realidad y efectividad del caso particular concreto, de la situación y de la voluntad variable de las personas.

En esa sublimidad se funda el argumento que concede una superioridad al normativista, y hace de él un tipo permanente en la historia del derecho. El pensamiento normativista puede presentarse así como impersonal y objetivo, mientras que la decisión siempre es personal, y el orden concreto supra-personal. El normativista reclama para sí la justicia impersonal y objetiva frente al personalismo arbitrario de los decisionistas y al feudalismo, al estamentalismo y demás ordenes pluralistas. En todos los tiempos se ha pretendido que deben ser las leyes y no las personas quienes gobiernen. Así, el normativismo interpreta una de las más bellas y antiguas creaciones del pensamiento jurídico de la humanidad, la frase *nomos basileus* de Píndaro,

«*nomos* como rey», de modo normativista: sólo la ley debe «gobernar» o «mandar» y no la exigencia de la situación eventual progresivamente cambiante y menos la arbitraria decisión de las personas. En muchas situaciones históricas y con variaciones, esta frase de *nomos basileus*, de ley como rey, de la *Lex* como único *Rex*, ha tenido una gran eficacia. Continuamente se ha repetido que sólo la ley y no las personas deben gobernar. En los dos milenios de influencia estoica ha seguido ejerciendo su influjo en la formulación de Crisipo[1], según la cual la ley es rey, vigilante, señor y jefe de lo moral y lo inmoral, lo justo y lo injusto. También las frecuentemente repetidas antítesis entre *ratio* y *voluntas*, *veritas* y *auctoritas* apoyan la pretensión normativista de un gobierno de la ley contrapuesto a un gobierno personal. Los padres de la Constitución americana de 1787 estaban insertos en esa tradición, cuando se esforzaron en regular la Constitución y la vida pública de los Estados Unidos de modo que se lograra un *government of law, not of men* [un gobierno de leyes, no de hombres]. Todos los representantes del «Estado de derecho» hablan ese lenguaje y hacen del Estado de derecho un Estado legal[2].

---

[1] Edición de los fragmentos de los estoicos de H. von Armin, t. III (1905), p. 314.

[2] Así reza la definición de Estado de Derecho en G. Anschütz, *Deutsches Staatsrecht* en la enciclopedia de Holtzendorff-Kohler t. 2 (1904), p. 593: «un Estado que se halla totalmente bajo el signo del derecho, cuya voluntad suprema no se llama *Rex* sino *Lex*; una comunidad en la que las relaciones entre los individuos, no solamente entre sí, sino

Pero *nomos*, del mismo modo que *law*, no quiere decir ley, regla o norma, sino derecho, el cual es tanto norma como decisión, como, sobre todo, orden; y nociones como las de rey, señor, vigilante o *governor*, pero también juez y tribunal, nos trasladan inmediatamente a órdenes institucionales concretos que ya no son meras reglas. El derecho como señor, el *nomos basileus,* no puede ser sólo una norma positiva cualquiera o una regla o una disposición legal; el *nomos*, que debe llevar consigo un verdadero rey, ha de tener en sí ciertas cualidades de orden soberanas e inalterables pero concretas. De un simple régimen de funcionamiento o de circulación no se dirá que es un «rey». Si el pensamiento normativista quiere permanecer fiel a sí mismo, ha de referirse una y otra vez sólo a normas y validez de las normas, nunca a un poder o dignidad concretos. Para los normativistas puros, que reconducen siempre el fundamento del pensamiento jurídico a una norma, el rey, el dirigente, el juez, el estado se convierten en meras funciones de una norma, y el rango superior en la jerarquía de esas instancias es solamente una derivación de la

---

sobre todo con el poder estatal, se determinan a través de los preceptos legales; en el que entre gobernantes y gobernados todo sucede según el derecho y no según el *tel est notre plaisir* de los gobernantes... El orden jurídico debe mantenerse inviolable también frente a la Corona (von Martitz), debe aparecer la ley como un poder que está ordenado por encima de la voluntad tanto de los gobernados como de personas que gobiernan.» Esta cita es además un ejemplo que muestra la identificación positivista del derecho con la ley (por la cual la «ley» se convierte de modo decisionista, en último término, en una pura resolución de la mayoría del parlamento).

norma más alta, y así sucesivamente hasta llegar a la más alta o más profunda norma, la ley de leyes, «la norma de las normas», la cual, aunque en el modo más puro e intensivo, no es nada distinto de norma o ley[3]. Con ello no se ha logrado, *in concreto,* más que un enfrentamiento político-polémico entre la norma o la ley y el rey o el gobernante*; la ley destruye, con ese «gobierno de la ley», el orden concreto del rey o del gobernante; los señores de la *Lex* suplantan al *Rex*. Ése es ante todo el fin político concreto de un juego normativista de la *Lex* contra el *Rex*[4]. De un *nomos* real como rey real sólo puede hablarse si el *nomos* significa precisamente el concepto total de derecho comprehensivo de un orden y comunidad concretas. Del mismo modo que en la unión de palabras y conceptos que aparece en la expresión «orden jurídico» los dos términos: «orden» y «derecho» se determinan mutuamente, así también, en la conjunción de palabras «*nomos*-rey». Si el concepto

[3] La llamada escuela de Viena, dirigida por Kelsen, ha defendido entre 1919-1932 con particular «pureza» la pretensión exclusivista de un normativismo abstracto. [La teoría jurídica de Kelsen se denominaba a sí misma «Teoría pura del derecho». El autor alude a la llamada «pirámide normativa» de Kelsen con la ironía de que no se sabe si la norma más alta —la «Constitución»— no es la más baja, pues se llama «fundamental» (*Grundgesetz*). (*N. de la T.*)]

* El autor dice aquí «Führer» aludiendo a la actitud hostil de Kelsen frente a Hitler. (*N. de la T.*)

[4] Ver, como ejemplo tomado del pasado siglo en Alemania, la definición de «Estado de derecho» de G. Anschütz citada en la nota 2. [Con esta cita se mitiga la alusión a la situación alemana del momento. (*N. de la T.*)]

de rey ha de tener algún sentido en esa expresión, el *nomos* ha de ser pensado como un orden concreto de vida y de comunidad; y viceversa, la noción de rey es una representación de orden jurídico-conceptual, que ha de ser análoga al *nomos*, siempre que la idea de «*nomos*-rey» pretenda ser una auténtica coordinación de conceptos y no sólo un emparejamiento superficial de palabras. Lo dicho para el «*nomos*-rey», vale para el «rey-*nomos*», y con ello nos situamos de nuevo en decisiones e instituciones concretas en lugar de en normas abstractas y reglas generales. Incluso, a pesar del esfuerzo por intentar concebir al juez como un órgano de la pura norma, —exclusivamente dependiente de la norma, «sólo sometido a la ley»—, y de ese modo dejar que gobierne sólo la norma, se encuentra uno con órdenes y con una serie de instancias jerárquicas, de modo que no queda uno sometido a una norma pura, sino a un orden concreto.

Puesto que una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; no puede tampoco por sí sola —si no deja de ser una norma— nombrar o designar a las personas concretas que deben interpretar o manejar la ley. Tampoco el concepto de juez independiente, sometido solamente a la ley, es normativista, sino un concepto de orden, una instancia competente, un miembro de un sistema de orden de funcionarios y administradores. Que esa persona en concreto sea el juez competente no viene dado por reglas o normas, sino por una concreta organización de justicia y de nombramientos selectivos concretos. Así, es cierto lo

que Hölderling escribió en una nota a su traducción del *Nomos basileus*[5] de Píndaro: «El *nomos*, la ley, es aquí la medida en tanto que es la figura según la cual el hombre se encuentra a sí mismo y a Dios, a la Iglesia y al orden estatal y los viejos preceptos heredados que, de modo más estricto que el arte, conservan las relaciones vitales, en las que con el tiempo un pueblo se ha encontrado y encuentra a sí mismo.»

Toda reflexión jurídico-científica acerca de la combinación de ciertas palabras como «orden del derecho», «señorío de la ley», «vigencia de las normas», puede hacerse según los dos modos del pensar jurídico: el de reglas y normas abstractas y el del tipo de orden concreto. Para el jurista del primer tipo, —el que halla la idea de derecho en reglas generales y leyes predeterminadas, independientes del estado concreto de las cosas—, cada manifestación de la vida jurídica —todo mandato, toda medida que se toma, todo contrato, toda decisión— viene a ser una norma; todo orden concreto y toda comunidad se disuelve en una serie de normas vigentes, cuya «unidad» o «sistema» es igualmente normativo. El orden, para él, consiste esencialmente en que una situación concreta se corresponda con ciertas normas generales con las que es medida. Ese «corresponder» es, sin embargo, un difícil y discutido problema lógico, porque cuanto más puramente normativista viene a ser el pensamiento normativista, más conduce a una agudizada sepa-

[5] Obras completas editadas por N. von Hellingrath, L. v. Pigenot y F. Seebaß, Berlín, 1923, t. VI, p. 9.

ración entre norma y realidad, deber y ser, regla y estado concreto de las cosas. Todas las normas vigentes están, mientras lo son, naturalmente siempre «en orden»; por el contrario, el «desorden» de la situación concreta no interesa a los normativistas únicamente interesados por la norma. Pensado de ese modo, el estado concreto de las cosas, visto desde el normativista, no puede nunca ser un desorden contrapuesto al orden.

Es normativa la defensa del precepto legal por el que el asesino es condenado a muerte por la aplicación de la ley penal; en la cual, sin embargo, el crimen no se contempla como un desorden, sino como un simple caso legalmente previsto. Para una lógica jurídico-normativa eso es un caso como cuando, en derecho fiscal, se resuelve por la previsión legal del caso legal una reclamación de impuestos por parte del Estado o, en el derecho civil, una acción de derecho privado. La pena es una «injerencia» en la libertad del criminal, del mismo modo como el impuesto lo es en la propiedad o como el servicio militar lo es en el derecho a la propia vida. Todas esas «injerencias» son indistintamente legales o ilegales. Desde el normativismo no se puede decir nada más acerca de ellas. Todo derecho se reduce a la norma disociada de la situación concreta; lo restante es «mero hecho» y motivo para la «observancia de la ley». El crimen, fundado en la exigencia punitiva del Estado, se reduce de modo normativista a ser el presupuesto de la aplicación de normas, y no es ya más un orden o desorden del mismo modo que no lo es la reclamación de dote basada en los esponsales de una hija. El criminal no quebranta entonces la paz o el

orden; él no viola en nada la norma general como regla; él, «jurídicamente pensado», no infringe propiamente nada. Solamente una paz concreta o un orden concreto pueden ser infringidos; solamente sobre la base de un orden se puede llegar a concebir la idea de delito. La norma y la regla abstracta, por el contrario, siguen valiendo de modo inalterado a pesar del «delito». La norma flota sobre la situación concreta y sobre cada hecho concreto; no pierde su fuerza por causa de una conducta que se lleve a efecto contra la norma o la ley. Normatividad y facticidad son «dos planos totalmente distintos»; el deber no se altera por el ser y, según el pensamiento normativista, conserva su esfera invulnerable, al mismo tiempo que, en la realidad concreta, todas las distinciones entre justo e injusto, orden y desorden se convierten en supuestos fácticos de aplicación de la norma. Llegados a este punto, la facticidad y la objetividad del puro normativismo acaban siendo un absurdo jurídico que arruina y disuelve el orden.

Ciertamente es posible imaginarse el funcionamiento previsible de las relaciones contables del comercio como una sencilla función de reglas generales predeterminadas. El transcurrir sin contratiempos, normado y regulado de ese tipo de tráfico aparece como «orden». Existen un campo y una esfera de la vida humana en los que ese concepto de orden funcional sujeto a reglas tiene sentido. Por ejemplo, en el marco del tráfico de ferrocarril regulado por un horario, se puede decir que quien «gobierna» no es la libertad de decisión personal de unos hombres, sino la objetividad impersonal del horario de circulación, y que, por tanto, ése es

un «orden» planificado de circulación. El tráfico bien regulado para las calles de una gran ciudad moderna es la mejor imagen de ese tipo de orden. Ahí también, el último resto de gobierno personal y de decisión libre que un policía de tráfico podía representar, aparece sustituido por señales de color automáticas con un funcionamiento preciso. Un ámbito de la vida cuyo interés estuviera solamente dirigido a la exactitud de una regulación segura, como el orden de una sociedad mercantil individualista-burguesa, podría quizás equipararse a esa idea de orden. Sin embargo, hay otros ámbitos de la existencia humana, para los que la extensión de ese funcionalismo regular destruiría precisamente la sustancia jurídica específica del orden concreto. Estos últimos son los ámbitos de la vida que han sido configurados, no del modo técnico-planificado para el tráfico, sino de modo institucional. Éstos tienen en sí mismos la noción de lo que es normal, de lo que es un tipo normal y una situación normal, y su concepto de normalidad no se agota, como es el caso de una sociedad de tráfico tecnificada, en la función calculable de una regulación normal. Tienen una sustancia jurídica propia, que, desde luego, conoce también reglas generales y cierta regularidad, pero sólo como expresión de esa sustancia, sólo como procedentes del propio orden interno concreto, el cual no es la suma de aquellas reglas y funciones. La convivencia de los cónyuges en un matrimonio, los miembros de una familia, los parientes dentro de una estirpe, los miembros de una clase, los funcionarios de un Estado, los sacerdotes de una Iglesia, los compañeros en un lugar de trabajo, los soldados de un ejército no

pueden quedar reducidos a una ley funcional predeterminada, ni a una regulación contractual.

La mayoría de las costumbres, regulaciones y cálculos dentro de un orden pueden y deben servirle, pero no crear y agotar la esencia de ese orden. El orden interno concreto, disciplina y gloria de toda institución, mientras dure la institución, repugna cualquier intento de normación y regulación total; coloca a todo legislador y a todo el que aplica la ley ante el dilema de o bien aceptar y utilizar los conceptos jurídicos concretos que vienen dados con la institución, o, por el contrario, destruir la institución misma. Allí donde todavía hay una familia, por ejemplo, tanto el legislador como el jurista que aplica la ley se ven obligados a aceptar, en vez de una disposición abstracta extraída de un concepto general, los conceptos concretos de orden de la institución concreta «familia». El juez y el legislador, al hablar del «buen padre de familia», el *bonus pater familias,* se someten al orden constitutivo de la forma concreta de la «familia». A pesar de todas las disoluciones normativistas del pasado siglo, y a pesar de la codificación del derecho de familia y de otros ámbitos del derecho en un gran número de reglas jurídicas, estas ideas y conceptos son todavía muchos y típicos de un orden sustancialmente institucional contrapuesto a la pura regulación positivista. Todo derecho estamental como tal presupone figuras típicas concretas nacidas del orden de la «situación» concreta y sólo perceptibles desde ella, por ejemplo, la figura del soldado valiente, del funcionario cumplidor, del camarada decente, etc. Esas figuras provocan frecuentemente la crítica y la burla de los juristas nor-

mativistas. Karl Binding se jacta de haber retorcido el cuello a ciertos «fantasmas» como el del *bonus pater familias*. Una renuncia aún más incisiva de las formas concretas se muestra en la crítica que el profesor J. Bonnecase ha hecho recientemente a la teoría de la institución de Hauriou, totalmente dirigida por el pensamiento del orden; en ella todo esto se despacha con decir que el concepto de institución es «místico»[6].

Por el contrario, muchos juristas juzgan actualmente como irreal y fantasmagórica la disolución de esas figuras concretas del orden en una suma o en un sistema de normas. Nosotros entendemos mejor un interrogante jurídico importante y damos una solución más justa a una cuestión jurídica, cuando elaboramos una figura concreta como «el defensor de la Constitución», el cual no se puede dar de modo normativo, puesto que, desde el punto de vista normativo, todos los órganos competentes son igualmente «defensores del orden jurídico»[7];

---

[6] *Une nouvelle mystique: la notion d'institution,* en *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence,* 1931/1932. El artículo de Bonnecase contiene sobradamente un excelente material y sigue siendo de valor y digno de lectura. Más sobre Hauriou, *infra* II, 2.

[7] Frhr. Marschall von Bieberstein, *Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn,* Berlín, 1911, p. 392, habla (de modo crítico) de «las opiniones que se van imponiendo en la marcha triunfal del Estado de Derecho, según las cuales se quiere nombrar defensor del orden jurídico a todo órgano estatal, lo mismo da el peldaño de la escalera en que se encuentre». Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* 2.ª ed., t. II, p. 324, Múnich/Leipzig, 1917, dice: «Las ideas del Estado de Derecho y constitucional pare-

o como el «Jefe del Movimiento»*, al cual un modo de pensar normativo debe convertir en un órgano estatal competente, para introducirlo así en el sistema legal del Estado de derecho, de la misma manera como se hizo con los monarcas del siglo XIX, degradados como «órgano estatal»[8]; o como cuando nosotros planteamos el problema de las incompatibilidades, es decir, cuando, en relación con una determinada figura concreta de la vida pública, nos planteamos la cuestión de qué funciones y tareas son en ella compatibles o incompatibles: una cuestión que sólo puede ser planteada desde el punto de vista del orden concreto, pero no de modo puramente normativo, porque el normativismo no opera con órdenes concretos sino sencillamente con «puntos de imputación»**, para los cuales, naturalmente, todo es compatible con todo y no se dan nunca conscientemente incompa-

---

cen acoger bien todo lo que puede servir para asegurar el derecho y la ley contra los abusos de los funcionarios [...] . Así se daría una defensa de la ley de la mejor manera imaginable: todo funcionario estaría ya como defensor de la ley frente a su superior.» Naturalmente, se percibió rápidamente que ese modo de dominio general de la ley trastrueca y pone boca abajo el orden concreto de la jerarquía, pero sólo podía ser refutado con razones de oportunidad, no de un modo jurídico normativista propio del «Estado de derecho».

* El autor alude expresamente a Hitler. (*N. de la T.*)

[8]Sobre la ruina del concepto de *Führer* por el normativismo del concepto de vigilancia: Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk; Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburgo, 1933, pp. 36 ss.

** Para Kelsen las personas figuran como «puntos de imputación» abstractos. (*N. de la T.*)

tibilidades «internas»[9]. Sabemos que la norma presupone una situación normal y tipos normales. Todo orden, también el «orden jurídico», está ligado a conceptos normales concretos, los cuales no pueden ser deducidos de normas generales, sino que, por el contrario, las normas deben ser engendradas a partir de su propio orden y para su propio orden.

Una regulación legal presupone conceptos normales, que no se derivan de la regulación legal: antes bien la normación sin ellos se convierte en ininteligible, hasta tal punto que llega a ser imposible seguir hablando de «norma». Una regla general debe ciertamente ser independiente de la situación particular y elevarse por encima del caso concreto, porque debe regular muchos casos y no uno solo; sin embargo, ella puede elevarse sólo en una medida muy limitada, sólo dentro de un determinado marco, y sólo hasta una cierta discreta altura sobre la situación concreta. En cuanto sobrepasa esa medida, deja de abarcar y resolver el caso que debe regular. Pierde su sentido y su relación. La regla sigue a la situación cambiante, para la cual fue formulada. Una norma puede permitirse ser tan inviolable como quiera, ahora bien, rige para una

[9] El Estado pluralista de partidos de la constitución de Weimar era un «imperio de compatibilidades ilimitadas». En los Estados democrático-liberales que admiten incompatibilidades parlamentarias para los funcionarios, después de que la construcción dual de Estado y sociedad civil no estatal ha venido a ser problemática, surge la cuestión (para un Estado así insoluble) de las llamadas incompatibilidades económicas; sobre esto la documentada tesis doctoral de Ruth Büttner, presentada en la *Handels-Hochschule* de Berlín, 1933.

situación sólo en tanto en cuanto la situación no se haya convertido en totalmente anormal y sólo hasta que el tipo concreto que se ha presupuesto como normal no haya desaparecido. La normalidad de la situación concreta, regulada por la norma, y del tipo concreto por ella supuesto, no es un presupuesto formal de la norma del que la ciencia jurídica puede prescindir, sino un dato jurídico intrínseco para la vigencia de la norma y una determinación normativa de la norma misma. Una norma pura, sin referencia a una situación y a un tipo de hecho, sería un absurdo jurídico.

Santi Romano, en su libro *L'Ordinamento giuridico,* ha afirmado con razón que es incorrecto hablar de derecho italiano, de derecho francés, etc., y, al mismo tiempo, estar pensando solamente en una suma de reglas, cuando lo cierto es que la compleja y plural organización del Estado italiano o francés extrae su derecho de un orden concreto, en el que las instancias y relaciones de la autoridad estatal o del poder estatal, son los que, sin duda alguna, producen, modifican, aplican y garantizan las normas jurídicas, pero a quienes no se puede identificar con ellas. Sólo ese orden es derecho italiano o francés. «El ordenamiento jurídico (*l'ordinamento giuridico*) es una unidad esencial, una entidad que en parte se mueve según reglas, pero que sobre todo mueve ella misma las reglas como figuras de un tablero; por eso, las reglas representan el objeto o mejor el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura»[10]. Con razón

[10] Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, p. 17. [En realidad la primera edición de esa obra, que es la

añade que un cambio en la norma es más la consecuencia que la causa de un cambio del orden.

2. PENSAMIENTO DE DECISIONES (DECISIONISMO)

La distinción que aquí explicamos entre el pensamiento normativo y el pensamiento del orden se ha destacado y dado a conocer notablemente tan sólo en los últimos decenios. En autores anteriores apenas se encuentra la antítesis que señala Santi Romano en el lugar citado arriba. Las antítesis más antiguas no afectan a la contraposición entre norma y orden, sino generalmente a la contraposición entre norma y decisión o norma y mandato. Estas últimas interfieren con otros dualismos como *ratio* y *voluntas*, objetividad y subjetividad, norma impersonal y voluntad personal, las cuales salieron antes a la luz que la antítesis entre norma y decisión, porque conectaban con viejas disputas teológicas y metafísicas, en concreto con la cuestión de si Dios manda algo porque es bueno o más bien algo es bueno porque Dios lo manda. Ya Heráclito decía que seguir la voluntad de una persona, es también seguir un *nomos*[11].

El último fundamento de toda la existencia del

---

que Schmitt cita, es de 1917 y no de 1918. Existe traducción al castellano, *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. (*N. de la T.*)]

[11] «*Nómos kaì boulé peíthesthai henós*»: «También [es] *nomos* el obedecer a la voluntad de una persona».

derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya «fuerza jurídica» no puede ser deducida de la supuesta fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se corresponde con una regla crea derecho. Esta fuerza jurídica de las decisiones no conformes a una norma es propia de todo «orden jurídico». Por el contrario, un normativismo consecuente debería conducir al absurdo de que la decisión conforme a la norma tomaría su fuerza jurídica de la norma y, paradójicamente, la decisión contraria a la norma tomaría su fuerza sólo de sí misma, ¡de su propia contradicción con la norma!

Para el jurista del tipo decisionista, la fuente de todo «derecho», es decir, de toda norma y ordenamiento que de él deriven, no es el mandato como tal, sino la autoridad o soberanía de una última decisión que viene dada con el mandato. El tipo del decisionista no es menos «imperecedero» que el del normativista. Sin embargo, apareció con claridad más tarde. Ello es debido a que, antes de la desaparición de las concepciones del orden del mundo antigua y cristiana por influjo de la nueva ciencia natural, estaba siempre presente en el pensamiento, como presupuesto de la decisión, una idea de orden. En este contexto, la pura decisión sin más, queda a su vez limitada e incorporada en una idea de orden; esa decisión deriva de un orden presupuesto. Cuando el jurista y teólogo Tertuliano dice: «Estamos obligados a algo, no porque es bueno sino porque Dios lo manda» (*neque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit*), esta afirmación suena a deci-

sionismo jurídico; pero al estar subyacente en su pensamiento la idea cristiana de Dios, falta todavía la imagen consciente de un desorden total, de un caos, el cual no podría ser transformado en ley y orden por una norma, sino que se haría precisa una decisión. La decisión impenetrable de un Dios personal está, en tanto se crea en Dios, siempre «en orden» y no es una pura decisión. El dogma católico-romano de la infalibilidad de la decisión papal contiene también elementos jurídicos fuertemente decisionistas; sin embargo, la decisión infalible del papa no funda el orden y la institución de la Iglesia, sino que la presupone: el papa es infalible sólo como cabeza de la Iglesia, en virtud de su dignidad, pero no lo es como hombre. También en la teoría calvinista del dogma de la «predestinación sin consideración del pecado», según el cual Dios ha decidido definitivamente, antes del pecado original, sobre la salvación y la condena, la gracia y su negación, para el alma de cada persona, se puede encontrar una actitud decisionista, libre de toda atadura, medida y previsibilidad de la decisión divina. Al tiempo, esa teoría restaura un auténtico concepto de derecho y orden, —el de la pura gracia o su negación— desvirtuado por normativizaciones jurídicas o morales. Devuelve a ese concepto de gracia, que el pensamiento legal intenta siempre normativizar y relativizar, la imprevisibilidad e inmensurabilidad de un verdadero orden; lo hace pasar de ser un orden normativo humanizado a ser el correspondiente orden divino, elevado por encima de las normas humanas. Tanto en el concepto de Dios «absoluto» de Calvino (Dios es *lege solutus, ipse sibi lex, summa maiestas* [libre de la ley, ley

para sí mismo, la suma majestad]), como en su teoría de la predestinación aparecen concepciones teológicas que han influido con su decisionismo intrínseco en el concepto de soberanía del siglo XVI, particularmente en Bodino[12]. Sin embargo, también la teoría de la soberanía de Bodino está aún inscrita en el pensamiento tradicional del orden. En ella subsisten la familia, el estamento y otros órdenes e instituciones legítimos, y también el soberano es una instancia legítima, a saber, el rey legítimo.

El caso clásico del pensamiento decisionista aparece en el siglo XVII con Hobbes. Todo derecho, todas las normas y leyes, todas las interpretaciones de leyes, todas las órdenes son para él esencialmente decisiones del soberano, y el soberano no es un monarca legítimo o una instancia competente, sino que soberano es precisamente aquel que decide soberanamente. Derecho es ley y ley es el mandato decisivo para el conflicto jurídico: *Auctoritas, non veritas facit legem* [La autoridad, no la verdad, hace la ley][13]. En esa frase *auctori-*

---

[12] En G. Beyerhaus, *Studien zur Staatsanschauung Calvins, mit besonderer Berücksichtigung seines Souveränitätsbegriffs*, Berlín, 1910, se encuentra la justificación de la afirmación de que para Calvino Dios también está por encima del *ordo naturae* y del *jus naturae*. El influjo de Calvino en el concepto de soberanía estatal lo trata la tesis doctoral de Karl Buddeberg (1933), que contiene un interesante capítulo sobre la «teología política».

[13] *Leviathan*, cap. 26, p. 133 de la edición latina de 1670; p. 143 de la edición inglesa de 1651. En ese capitulo 26 se encuentran las frases claras sobre la interpretación (*in qua sola consistit Legis Essentia*) [en la cual consiste sólo la esencia

tas no significa una autoridad de orden preestatal; también la antigua y aún corriente distinción (por ejemplo, en Bodino) entre *auctoritas* y *potestas* desaparece totalmente en la decisión soberana[14]. Es *summa auctoritas* y *summa potestas* a la vez. Quien instaura la paz, la seguridad y el orden es soberano y tiene toda la autoridad. Ese establecimiento del orden, como auténtica y pura decisión, no puede derivar ni del contenido de una norma previa, ni de un orden ya constituido, porque si así fuera estaría pensado bien de modo normativista, como una sencilla autorrealización de la norma vigente, o bien desde el pensamiento del orden concreto, como consecuencia de un orden ya dado, como restablecimiento y no como establecimiento del orden. La decisión soberana no se explica jurídicamente ni desde una norma, ni desde un orden concreto, ni encuadrada en un orden concreto. Sólo la decisión funda tanto la norma como el orden. La

---

de la ley], sobre las imprevisibles posibilidades y la incertidumbre de toda interpretación, y sobre el soberano como único intérprete, que con su decisión soberana pone fin a la confusión de las opiniones, del mismo modo —así se dice en la edición inglesa del *Leviathan*— que Alejandro Magno cortó el nudo gordiano; una imagen típicamente «decisionista». En el inmediato capítulo 27 se encuentra la primera fundamentación moderna de la frase *nulla poena sine lege* [ninguna pena sin ley].

[14] Sobre la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, ver C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, p. 136. [Un planteamiento radicalmente distinto de esta fundamental contraposición ofrece A. d'Ors; vid. la amplia exposición sistemática de R. Domingo, *Teoría de la «auctoritas»*, Pamplona, 1987. (*N. de la T.*)]

decisión soberana es el principio absoluto, y el principio (también en el sentido de ἀρχή) no es otra cosa que la decisión soberana.

Surge de una nada normativa y de una concreta falta de orden. El estado de naturaleza es para Hobbes un estado de infelicidad, un profundo y desesperado desorden e inseguridad, una lucha sin reglas ni normas de todos contra todos, el *bellum omnium contra omnes* [la guerra de todos contra todos] del *homo homini lupus* [el hombre que es un lobo para el hombre]. La transición de ese estado arcaico de total desorden e inseguridad al estado estatal de paz, seguridad y orden de una *societas civilis* se realiza sólo en virtud de la aparición de una voluntad soberana, cuyo mandato y orden son ley. En Hobbes se halla la estructura lógica del decisionismo de modo evidente, precisamente porque el puro decisionismo presupone un desorden, que sólo puede ser llevado al orden mediante la decisión sobre el qué (no sobre el cómo). El soberano que decide no es competente para la decisión gracias a un orden ya constituido. Es sólo la decisión que pone el orden y la seguridad estatal en lugar del desorden y la inseguridad del estado de naturaleza, la que le convierte en soberano, y hace posible todo lo demás —ley y orden—. Para Hobbes, el máximo representante del tipo decisionista, la decisión soberana es una dictadura estatal que crea la ley y el orden en y sobre la inseguridad anárquica de un estado de naturaleza preestatal e infraestatal.

3. EL POSITIVISMO JURÍDICO DEL SIGLO XIX COMO COMBINACIÓN DEL PENSAMIENTO DECISIONISTA Y DEL DE REGLAS O LEYES (DECISIONISMO Y NORMATIVISMO)

El tipo decisionista está particularmente extendido entre los juristas porque tanto la enseñanza del derecho como la ciencia jurídica al servicio de la práctica jurídica, tienen la tendencia a ver todas las cuestiones jurídicas tan sólo desde el punto de vista del caso conflictivo y a actuar como informadores para la decisión judicial del conflicto. Un particular método de preparación de exámenes y de realización de los mismos agrava esta actitud hasta llegar a convertirse en una ruda técnica de acertar prontamente con la decisión concreta para cada caso y con su «fundamentación» normativa según el texto de una normación escrita. De ese modo se orienta el pensamiento jurídico exclusivamente al caso de conflicto o colisión. Está dominado por la idea de que un conflicto o una colisión de intereses, es decir, un desorden concreto, ha de ser superado y llevado al orden por obra de una decisión. Las normas y las reglas, con las cuales tiene que ver la fundamentación jurídica de la decisión, se convierten así en meros puntos de vista para orientar las decisiones sobre conflictos, en un material de ciencia jurídica para fundamentar una decisión judicial. Deja de haber entonces una ciencia jurídica sistemática; cada argumento jurídico no es más que un potencial fundamento para la decisión del caso conflictivo que se espera.

La inclinación hacia ese tipo de ciencia jurídica

aparece cuando se regula una codificación cerrada como norma «positiva» y «derecho positivo» para funcionarios estatales de profesión judicial y para los abogados adaptados al modo de pensar de esa clase judicial. Este positivismo identifica la normación legal con el derecho; reconoce, tan sólo como derecho —aunque hace concesiones a la posibilidad de un derecho consuetudinario— una legalidad fijada normativamente. En los dos grandes Estados en los que el positivismo jurídico del siglo XIX consigue dominar, en Francia y en Alemania, se pone claramente de manifiesto que éste sólo se puede concebir como el modo de funcionar de la legalidad estatal de una burocracia de profesión judicial, como un modo de pensar jurídico supeditado a lo que resulta de las codificaciones escritas y fundado en un orden estable de política interior. La indiferenciación positivista de derecho y ley, la fórmula de la identidad entre *droit* y *loi,* encuentra en Francia su expresión jurídica en la *École de l'exégèse*, que dominó indiscutidamente medio siglo —aproximadamente entre 1830 y 1880—, y que, a pesar de la crítica metodológica y filosófica de que ha sido objeto, pervive hasta nuestros días[15]. También en Alemania se ha difundido ese positivismo de la regla legal como *el* método jurídico. Ni la teoría del derecho consuetudinario, ni las décadas de estudios metodológicos sobre la relación entre ley y juicio, ley y juez, ni el *Freirechtsbewegung* [movimiento de derecho libre] ni la *Interessenjurisprudenz* [jurisprudencia

[15] J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse*, París, 1924.

de intereses] llegaron a penetrar en la contraposición definitiva de las diferencias entre pensamiento de reglas, decisionista y del orden concreto; intentaron tan sólo flexibilizar y adaptar del mejor modo posible el pensamiento legal a una situación cambiante y fluctuante.

El positivismo científico-jurídico del siglo XIX está dentro del gran contexto histórico-intelectual de su tiempo y tiene por eso muchos puntos en común y también parentesco, tanto con el positivismo filosófico de Augusto Comte, como con el postivismo de las ciencias naturales. Pero, en primer lugar, hay que concebirlo desde las particularidades intrínsecas a la situación jurídica de su siglo. Para la ciencia jurídica del siglo XIX, «positivismo» significaba ante todo algo polémico: la negación de todo lo «extralegal», de todo lo que no sea derecho creado por la legislación humana, sea derecho divino, natural o racional. El pensamiento jurídico queda así convertido en pensamiento legal. La fundamentación jurídica de ese positivismo legal ha recorrido tres estadios: primero, se atuvo a la voluntad del legislador; después, para no caer en investigaciones subjetivas y psicológicas, se habló, de modo aparentemente objetivo, de la voluntad de la ley; finalmente, se dice que basta la ley sola como norma autosuficiente. Hay en esto un sometimiento incondicional a la voluntad o al contenido de una determinada norma, a la vez que una limitación de ese sometimiento: uno se somete tan sólo a la norma o a su contenido determinable con certeza. Eso da aparentemente al pensamiento legal positivista el valor de una gran objetividad, fijeza, inquebrantabilidad,

seguridad y previsibilidad, en resumen, le da «positividad». En una situación estable, ese modo de pensar es plausible, y aparece de hecho como posible, prescindiendo de todo punto de vista «metajurídico». El positivismo vale entonces como un método «puramente jurídico», cuya pureza consiste en eliminar cualquier consideración metafísica o «metajurídica».

Ahora bien, son «metajurídicos» todos los puntos de vista ideológicos, morales, económicos, políticos o cualquiera otros que no sean «puramente jurídicos». Ni las situaciones normales o tipos normales presupuestos en la regulación legal, ni los fines perseguidos por el legislador, ni el principio fundamentador, ni la naturaleza de las cosas, ni el sentido de un precepto, pueden ser decisivos para el jurista positivista, sino simplemente el contenido manifiesto y cierto de la norma misma. Sólo así cree él estar realmente en el «seguro terreno» del «positivo» y «puramente jurídico» contenido normativo de que se trata. De cualquier otro modo teme caer en el «subjetivismo» de las consideraciones «metajurídicas». Seguridad, fijeza, inquebrantabilidad y objetividad estarían de nuevo inmediatamente en peligro. En el libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* de Karl Bergbohm, 1892, encuentra en ese modo de pensar su más clara y mejor expresión. Ahí aparece también de modo nítido la combinación de normativismo y decisionismo característica del tipo positivista. El «derecho» comprende para Bergbohm, por un lado, «la idea de algo normativo, que funciona como regla abstracta que ha de ser seguida» (p. 81); al mismo tiempo, ese derecho no es otra cosa que un «impe-

rativo humano»; y cae en la «corrupción» del derecho natural todo aquel que conciba un derecho «independiente de leyes humanas» (p. 131). La fundamentación jurídica que él quiere dar de ese positivismo, le conduce a un pensamiento individualista del interés por la seguridad jurídica, y se basa en que sería injusto defraudar la expectativa del gremio de los juristas, la *expectation*, la «confianza» suscitada por la ley. Ahí se quiere ver la «justicia de la positividad»[16].

Pero la seguridad, la certeza, la fijeza, la cientificidad rigurosa, la previsibilidad de funcionamiento y todas las demás cualidades y excelencias «positivas» no eran en realidad excelencias propias de la «norma» legal y del precepto humano, sino sólo de la situación normal, relativamente estable en el siglo XIX, de un Estado que tenía su centro de gravedad en la legislación, es decir, de un sistema de legalidad de un Estado legislativo[17]. Se

[16] El representante más radical de la seguridad legal positiva es Jeremías Bentham; el texto clásico de la *expectation* como fundamento de la seguridad jurídica se encuentra en la edición de John Browing de las obras de Bentham, Edimburgo, 1843, t. II, pp. 299, 307, 311 ss. También la fórmula «justicia en la positividad» de Erich Jung, *Das Problem des naturlichen Rechts*, 1912, funda la exigencia de seguridad jurídica en la expectativa del gremio de juristas. También George Jellinek habla de la «garantía de seguridad de los súbditos jurídicos», de la «expectación» y la «confianza» en una aplicación inquebrantable: en la *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª ed., p. 369; de «confianza» habla también, por ejemplo, Max Rümelin, *Rechtssicherheit*, 1924, p. 6.

[17] Según la actividad en la que el Estado centre sus esfuerzos y proclame su última palabra, hay Estados legislativos, gubernativos, administrativos y jurisdiccionales. Esta distin-

podría ser «positivo» también así, no por la norma, sino sólo en la medida en que existiera un Estado construido de un modo particularmente estable, seguro y firme. Los más sencillos problemas de la interpretación y de la prueba deberían enseñarnos ya que la fijeza y la seguridad incluso de un código escrito con todo cuidado y detalle, permanecen a pesar de todo muy discutibles. La letra y el sentido, la génesis, la conciencia jurídica y las necesidades del tráfico hacen surgir, al aclarar el contenido «cierto» del texto jurídico, complejas cuestiones acerca de la prueba y de la determinación de los «hechos» para la calificación «puramente jurídica» del caso. Se puede entender la protesta del positivista fanático de la seguridad legal, Jeremías Bentham, contra la mera palabra *interpretation*. Su motivo para hacerla era el mismo que se expuso antes al referir la protesta de Hobbes contra la arbitrariedad de los juristas que interpretan la ley: «Cuando el jurista se atreve a interpretar la ley atri-

---

ción ha sido desarrollada en mi obra *Der Hüter der Verfassung*, Tubinga, 1931, p. 76, y *Legalität und Legitimität*, Múnich, 1932, pp. 7-19. Véase ahí particularmente p. 8: «Un Estado legislativo es un Estado regido por normas impersonales, y por eso generales y predeterminadas, y por eso pensadas para durar en un Estado gobernado por normas de contenido mensurable y determinable, en el que la ley y la aplicación de la ley están separadas entre sí.» Ésta es además la definición de lo que hasta ahora se ha llamado «Estado de derecho». En la obra de H. Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburgo, 1934, se comprueba con claridad ejemplar la relación histórica y sistemática de la frase *nulla poena sine lege*, tanto con el sistema de legalidad de un Estado legislativo, como con el ya mencionado interés de la seguridad jurídica.

buyéndose ese poder, entonces todo se convierte en una completa arbitrariedad imprevisible. Con estos métodos no existe seguridad»[18]. Ni la praxis inglesa de vinculación a los casos precedentes (la praxis del llamado *case-law*), ni la interpretación de los juristas del derecho romano —los *roman lawyears*—, bastan para la necesidad positivista de seguridad y previsibilidad incondicionadas de Bentham. Sólo cuando el juez se convierte, sin resquicio alguno, en una función del texto de la ley y del contenido de la ley, nos acercamos al ideal de «seguridad» e «inviolabilidad» de la ley. Entonces, en efecto, ya no hay productividad jurídica y reina sólo la seguridad, fijeza e inquebrantabilidad de un funcional y planificado aparato de aplicación de normas, para el uso del cual se precisa, más que una formación jurídica, un conveniente aprendizaje técnico de un buen guardagujas.

El positivista no es un tipo jurídico natural, y de ahí que no sea tampoco un tipo imperecedero de la ciencia del derecho. Se somete —de modo decisionista— a la decisión del accidental legislador en posesión del poder estatal de legislar, porque solamente él puede imponer una forma objetiva de coacción; pero, al mismo tiempo, consigue que esa decisión siga valiendo de modo fijo e inquebrantable como norma, es decir, que también el legislador estatal se someta a la ley por él puesta y a su interpretación. Éste es el único sistema de gobierno considerado «Estado de derecho», aunque, en rea-

[18] «*With this manner of proceeding there is no security*» [«Con este modo de proceder no hay seguridad»], *op. cit.*, p. 325.

lidad, sea un Estado legal lo que se defienda, en vez de un Estado de «derecho», y se coloque el interés de la seguridad jurídica en lugar de la justicia[19]. Pero no termina ahí el proceso, el positivista, apelando al carácter normativista de la legalidad, se alza de nuevo sobre la decisión de poder estatal, a la cual él se había sometido por el interés de la seguridad y de la fijeza, e impone ahora exigencias normativas al legislador. Fundamenta su punto de vista, primero, en una voluntad (del legislador o de la ley), y luego, contra esa voluntad, directamente en una ley «objetiva». En el transcurso histórico de las fórmulas empleadas se puede verificar una evolución desde la voluntad del legislador, pasando por la voluntad de la ley, hasta llegar a la ley sin más. De ahí que se pueda ver una evolución interna que va de la voluntad a la norma, de la decisión a la regla, del decisionismo al normativismo. Pero esa progresión, lejos de haber nacido de la coherencia de un determinado modo de pensar jurídico, se ha hecho posible sólo por la combinación del decisionismo y el normativismo realizada por el positivismo. Esa mezcla de modos de pensar jurídico permite —con el fin de satisfacer la única necesidad positivista de seguridad y previsibilidad, según convenga al estado de las cosas—, tan pronto ser decisionista como normativista. El rasgo peculiar positivista consiste siempre en el interés por la seguridad objetiva, la fijeza y la previsibilidad de lo que vale como objetivamente obligado, ya sea la decisión

[19] Sobre esto, vid. mi *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, en *Juristische Wochenschrift* del 24 de marzo 1934, pp. 713 s.

del legislador, ya sea una ley procedente de esa decisión, ya la decisión jurídica previsible procedente de esa ley. El valer «positivo» de esa ley es, a diferencia de otros modos de validez, siempre algo objetivo, exigible de modo inmediatamente fáctico por el poder humano.

Ciertamente ese valer «positivo» es un hecho, una «pura facticidad», no, naturalmente, una fuente del derecho. La cuestión jurídica que surge inmediatamente entonces es cómo entender jurídicamente ese punto fáctico —la voluntad de la ley o el momento de la vigencia real— al que el positivista atiende como derecho: si hay que entenderlo como norma, como decisión o como parte del orden. El positivista se verá inclinado a rechazar esa cuestión sobre el origen de la vigencia positiva de la norma como una pregunta en sí extrajurídica. Sin embargo, tampoco él puede evitar la necesidad científico-jurídica de hacer explícita la categoría de la ciencia del derecho en la que él situa su práctica jurídica, la fuente de derecho o el fundamento de su vigencia. El positivista interpretará aquel momento fáctico en el cual se encuentra la vigencia positiva, de modo normativista o decisionista. Del lado normativista, un positivista del siglo XIX, G. Jellinek, ha acuñado la típica expresión de «la fuerza normativa de lo fáctico». Dado que parte de la «fuerza del derecho fundada en la norma», las realidades fácticas y hechos, que tienen sin duda una gran fuerza de motivación, tienen que tener también una «fuerza normativa»[20]. La fórmula de

[20] *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª ed., pp. 341, 360, 371 (la pri-

la «fuerza normativa de lo fáctico» ha sido innumerables veces repetida.

Considerada esa expresión desde la lógica jurídica en sí misma, es una mera combinación de palabras y sólo una descripción tautológica de que el positivismo, desde su componente normativista, no puede interpretar nunca la positividad fáctica más que como una fuerza «normativa». Un positivista con una lógica más aguda hablaría más bien de una fuerza «decisionista» de lo fáctico, la cual es naturalmente casi lo mismo que la fuerza «normativa». Sin embargo, un positivista no hablaría con agrado de la «fuerza positiva» de lo fáctico, a pesar de que no quiere decir otra cosa con su sometimiento al hecho positivo de la coactividad. Pero desvelar lo que encierra la expresión «fuerza positiva de lo fáctico» sería algo jurídicamente imposible para un positivista. Ahí se muestra ya cómo el positivista no es un tipo natural de pensamiento jurídico.

Quizá se podría mejor hablar de una «fuerza ordenadora» de lo fáctico, aunque el pensamiento del orden concreto no es compaginable con la nece-

---

mera edición apareció en 1900); la tesis fundamental normativista está expuesta en la p. 355: «Todo derecho es norma de juicio y de ahí que nunca coincida con las relaciones que han de ser juzgadas por ella.» Además, a pesar de esa «fuerza normativa de lo fáctico», «la política debe permanecer excluida de la teoría general del Estado» (p. 23). Desde el normativismo, poder y derecho se contraponen; el derecho de necesidad estatal se niega por ser una expresión de la afirmación de que el poder antecede al derecho, sin embargo, las «lagunas constitucionales» pueden ser llenadas de modo positivo por «relaciones de poder fácticas» (p. 359).

sidad positivista de seguridad y previsibilidad funcionales en el mismo grado en que son compaginables normativismo y decisionismo. Un puro normativismo debería deducir la norma positiva de una norma suprapositiva; análogamente el pensamiento del orden concreto conduciría a una unidad de orden suprapositiva, omnicomprensiva, total. El pensamiento decisionista, por el contrario, permite la referencia positiva a un determinado punto fáctico, en el cual, de una nada de norma o de una nada de orden surge la ley positiva y sólo positiva, la cual, sin embargo, deberá valer en lo sucesivo como norma positiva. Una vez dictada, debe valer también frente a la voluntad que la ha puesto; si no, no se podría conseguir la necesaria seguridad que «se esperaba obtener del Estado». Pero sólo desde el decisionismo puede el positivismo fijar, en un determinado momento y lugar, la cuestión del último fundamento de la norma vigente, sin volver a lo invisible, metajurídico; y sólo así puede reconocer la voluntad de un poder soberano fácticamente constituido, que aparece de hecho en un momento histórico, sin necesidad de considerar ese poder como una institución o como otro orden concreto, o, sobre todo, sin cuestionar el derecho de tal poder.

La seguridad, fijeza e inquebrantabilidad que invoca el positivista, en lo referente al aspecto decisionista del positivismo, son, en realidad, tan sólo la seguridad, fijeza e inquebrantabilidad de la voluntad cuya decisión soberana hace de la norma una norma vigente. De ahí que cuando el positivista invoca la voluntad del legislador estatal o de la ley estatal, es decir, una decisión del legislador estatal expresada y realizada en un «poder estatal»

realmente presente, está ligado, desde un punto de vista jurídico, a la teoría estatal decisionista aparecida en el siglo XVII y tenga que estar de acuerdo con ella. Sin embargo, si el positivista invoca la ley como norma, su seguridad y firmeza no es otra que la seguridad y firmeza de la legalidad del estado legislativo que se impuso en el siglo XIX. Dado que lo que en último término se esconde tras la necesidad de seguridad del positivismo es sólo la general tendencia humana a una defensa ante el riesgo y la responsabilidad, se puede ciertamente afirmar —aunque sea sólo en el sentido más débil— que se trata aquí de un tipo humano general, «eterno» e irradicable. Por el contrario, considerado este fenómeno desde la ciencia del derecho, el positivismo jurídico está ligado con la situación estatal y social característica del siglo XIX. Así, mientras que el normativista y el decisionista son tipos del pensamiento jurídico que siempre se repiten, no se puede considerar la combinación de decisionismo y normativismo en la que consiste el positivismo del siglo XIX como un tipo jurídico ni originario ni eterno.

Si el método de la supuesta pureza del positivismo jurídico niega toda consideración que no sea puramente jurídica tachándola de ideológica, económica, sociológica, moral o política, y con ello elimina todas esas consideraciones reales, entonces no deja nada para la argumentación jurídica pura. ¿Qué resto puede quedar, cuando, de un caso y su apreciación, se sustrae todo lo ideológico, económico o político? Si se separa el pensamiento jurídico de todo contenido y de la situación normal que está en su base, entonces se produce un distanciamiento cada vez mayor de todo contenido de todo

lo que es ideológico, moral, económico o político. Con ello se agudizan tanto las distinciones entre lo jurídico y lo ideológico, lo jurídico y lo económico, lo jurídico y lo político, lo jurídico y lo moral, etc., y, al fin, en una consecuente dialéctica, sólo queda, como única característica específica de un modo de pensar indubitablemente puro y nada más que jurídico, la falta de sentido de lo ideológico, económico, ético y político.

Max Planck ha demostrado cómo el positivismo de las ciencias naturales, en su interés por alcanzar una seguridad incondicionada sólo tiene en cuenta la impresión de los sentidos y, en consecuencia, no puede distinguir las percepciones engañosas e ilusorias de las otras; por eso en una física positivista no caben ilusiones de los sentidos[21]. El destino del positivismo de la ciencia del derecho, interesado solamente en la seguridad y en evitar la arbitrariedad subjetiva, tiene cierta semejanza con ese mismo hecho. Si falla la normalidad de la situación concreta que la norma positiva presupone, pero que, si se considera positivo-jurídicamente, es imperceptible, entonces caería con ella toda posibilidad firme, previsible e inquebrantable de aplicación de la norma. También la «justicia de la positividad», de la que habla Erich Jung, cesaría. Sin el sistema de coordenadas de un orden concreto, el positivismo jurídico no consigue distinguir entre justicia e injusticia, ni entre objetividad y arbitrariedad subjetiva.

---

[21] *Positivismus und reale Außenwelt*, Conferencia pronunciada el 12 de noviembre de 1930 en la Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft, Berlín/Leipzig, 1931, p. 11.

II. EL LUGAR DE LOS DIFERENTES MODOS DEL PENSAR JURÍDICO EN LA EVOLUCIÓN GENERAL DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Una jurisprudencia sin límites es tan imposible como una inteligencia sin límites. El pensamiento de la ciencia del derecho sólo se realiza en relación con un orden general histórico concreto. No puede consistir en reglas o decisiones carentes de limitación. La ficción e ilusión de una «libertad» así y de tal ausencia de límites viene a ser un síntoma de un cierto estado de disolución de un orden, y sólo en este contexto pueden entenderse. Los modos del pensar científico del derecho aquí expuestos no se presentan de modo relativista, es decir, para la elección caprichosa, sino que ocupan un lugar determinado en el contexto general de la concreta situación actual y de la realidad de nuestra vida jurídica de hoy.

El derecho natural aristotélico-tomista de la Edad Media era una unidad de orden viva, compuesta por grados de esencia y existencia, por supraórdenes e infraórdenes, jerarquizaciones y

reparticiones. En nuestros días han dejado de oírse los malentendidos normativistas a los cuales estuvo expuesto ese derecho natural en los últimos siglos. Con la caída de los múltiples órdenes feudales y del pensamiento del orden correspondiente, aparece desde el siglo XVI el orden estatal como un orden único que absorbe los demás órdenes. El decisionismo de la teoría estatal y jurídica de Hobbes es la expresión científico-jurídica más consecuente de un nuevo pensamiento de la soberanía y, por ello, de la mayor trascendencia para la ciencia del derecho. Con él aparece el gran *Leviatán* como devorador de los demás órdenes. Desplaza o relativiza las tradicionales comunidades feudales, estamentales y eclesiásticas, los grados jerárquicos y los derechos adquiridos, desplaza todo derecho de resistencia fundado en aquellos ordenes preestatales, monopoliza el derecho en el legislador estatal y pretende construir el orden estatal desde el individuo, es decir, a partir de una *tabula rasa*, de una nada de orden y comunidad. El «pacto» que engendra el Estado, más exactamente, el «consenso» de individuos, sólo es posible gracias a un garante soberano del orden así fundado, es decir, solamente es posible por el Estado, cuyo poder nace, a su vez, de ese consenso. El soberano es omnipotente gracias al consenso producido por él mismo en virtud de su poder soberano y de la decisión estatal. Sólo sobre el nuevo suelo de una paz pública, de una seguridad y de un orden creados por ese Estado es posible difundir, en el marco de la gran estabilidad del siglo XVIII, un derecho racional más normativo, que hace retroceder el decisionismo absoluto y disuelve todos los órdenes

naturales en normas y relaciones contractuales individuales, hasta desembocar finalmente, en el siglo XIX, en el funcionalismo de reglas positivas propio de una sociedad de tráfico civil individualista.

1. LA EVOLUCIÓN ALEMANA HASTA EL PRESENTE

En Alemania, el pensamiento del orden concreto y comunitario nunca ha dejado de estar presente. Fue desplazado en la práctica jurídica en el siglo XIX, tan sólo en su segunda mitad, por el llamado positivismo jurídico o legal. Hasta ese momento seguían ejerciendo influjo los conceptos de orden eclesiales e intraestatales. El orden interno de los nuevos Estados territoriales alemanes que se originaron a partir del siglo XVII no hizo de ningún modo *tabula rasa*; la seguridad institucional de la Iglesia católica y la vida espiritual conformada por ella en los países católicos —aunque no menos que el sentido luterano de «los órdenes naturales de la creación» en la Alemania protestante— determinaban más la realidad de la vida jurídica que las teorías jurídicas y del Estado del derecho racional dominantes entre los filósofos. Sin embargo, con el tiempo y por el seguro camino de la «teoría», se fueron transformando todos los órdenes estatales e intraestatales en normaciones contractuales y legales, y con ello se destruyeron los órdenes concretos y las comunidades. Lutero defendió y supo salvar con una gran fuerza los órdenes internos del matrimonio, la familia, el estamento, la persona y las dignidades frente a las normativizaciones teo-

lógicas, morales y jurídicas. Su frase: «Si tú eres una madre, realiza lo que es el derecho de madre, como está mandado y que Cristo no ha elegido, sino ratificado»[22], expresa de la más bella forma la superioridad del orden concreto dado sobre la normatividad abstracta. Esta frase vale tanto para la madre como para todo estamento, para el César, el príncipe, el juez, el soldado, el campesino, el hombre y la mujer; según Lutero, todo derecho es, para ellos, no una normación abstracta, sino un orden natural concreto que proviene no de reglas sino de la situación concreta.

Pero ya en el sistema del derecho natural de un luterano, aún ortodoxo, del siglo XVII, como es Samuel Pufendorf, por su interpretación del concepto de persona como individuo, ya no son ni el matrimonio ni la familia órdenes concretos y comunidades naturales, sino sólo relaciones jurídicas recíprocas de los individuos, contractualmente construidas y regidas por normas de derecho racional[23]. Las últimas consecuencias de un siglo de derecho racional se expresaban finalmente en Kant, en el momento en que reduce el matrimonio a un pacto de individuos recíprocamente interesados en su

---

[22] Edición de Weimar, 391, pp.10 ss.

[23] Especialmente característica es la deducción de la autoridad del padre y la madre a partir de una norma natural de «sociabilidad» y a partir del presumible acuerdo racional de los hijos: *De Jure naturae et gentium*, libro VI, cap. II, § 4. Al *Privat-dozent* en Königsberg Dr. Rudolf Craemer agradezco el conocimiento de los elementos esenciales fuertemente luterano-ortodoxos que están vivos tanto en el carácter como en las teorías de Pufendorf. Por eso es tanto más sorprendente su construcción jurídica del matrimonio y la familia.

sexualidad[24]. A pesar de todo, la presencia de los órdenes concretos en la realidad de la vida del Estado no había sido destruida aún a finales del siglo XVIII. La segunda parte del *preussische Allgemein Landrecht* de 1794 muestra cómo también el codificador de los Estados absolutos, considera la Iglesia, los estamentos, la familia, la comunidad doméstica y el matrimonio como instituciones y no como meras funciones de una regulación legal. Se dice justamente al comienzo (Parte I, Título I, § 2): «La sociedad civil consiste en muchas pequeñas sociedades y estamentos unidos mediante la naturaleza o la ley o las dos cosas a la vez.» La servidumbre pertenece aún a la comunidad doméstica (§ 3/4), la Iglesia se distingue todavía de las sectas: aquélla es «recibida», o sea integrada en el orden total de la vida pública, estas últimas, sin embargo, sólo son «toleradas», es decir, no son consideradas como un miembro del orden público. Todavía no se conoce el concepto liberal de «sociedad religiosa». Sólo con el triunfo de la Revolución francesa se impondrá una «sociedad civil», total, construida de modo individualista, generalizada posteriormente con la ciencia jurídica positivista del siglo XIX.

El espíritu del pueblo alemán se ha defendido durante mucho tiempo contra las «ideas liberales de 1789» y contra la aniquilación del pensamiento del orden que llevan consigo. Fichte superó el jacobinismo individualista del año 1792 en una intensa discusión consigo mismo (y desde sí mismo). El «idealismo de la libertad» de Fichte no está pre-

[24] *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre,* § 24.

destinado a ser un pensamiento del orden concreto del mismo modo que lo está el «idealismo objetivo» de Hegel. Pero también Fichte, desde su propio pensamiento, acabó por superar su baja concepción del Estado (como un servidor de los propietarios) con la más alta y más germana idea de orden, la idea de «imperio» como una unidad político-histórica concreta desde la que se distingue entre amigo y enemigo[25]. Otros motivos de la resistencia espiritual al liberalismo vienen de la reacción romántico-sentimental contra el derecho racional abstracto, y de una restauración tradicional-conservadora. La escuela histórico-jurídica de Savigny y su teoría del derecho consuetudinario ha luchado mucho tiempo y con éxito contra el espíritu de la codificación positivista, y ha abierto nuevas fuentes de derecho históricas, que han ido minando aunque sólo paulatinamente el pensamiento extranjero. La magnífica teoría filosófico-

[25] Vid. sobre todo el lugar en sus lecciones de la *Staatslehre* del verano de 1813 (*Obras,* IV, 409): «Se llama pueblo a un grupo de personas unidas por un pasado histórico común para erigir un imperio. Su independencia y libertad consiste en seguir desarrollando su propio impluso hacia un imperio. La libertad e independencia de un pueblo están amenazadas cuando el curso de ese proceso debe ser interrumpido por la intervención de algún poder; debe entonces incorporarse a otro impulso por sí mismo imperial, o acaso va hacia la destrucción de todo imperio y derecho [....] Como tiene lugar entonces una guerra propiamente dicha, no de las dinastías, sino del pueblo, la libertad general y aquella de cada uno en particular está oprimida; sin ella, el pueblo no puede querer vivir en absoluto sin reconocerse como indigno. Se da entonces, para cada uno, para la persona y sin posible representación, una guerra de "vida o muerte".»

natural y cósmica de Schelling[26], del organismo, de la cosmovisión y del mito no tuvo el mismo éxito inmediato ni la misma influencia; pero también pertenece al conjunto de la gran producción del espíritu alemán, en la cual el pueblo alemán recordó su propia dignidad y fuerza frente a la invasión extranjera.

Todas esas corrientes y orientaciones de la resistencia alemana encontraron su resumen sistemático, su *Summa*, en la filosofía del derecho y del Estado de Hegel. En ella vuelve a vivir, antes del fracaso de las generaciones siguientes, el pensamiento del orden concreto con una fuerza inmediata, como no se hubiera podido esperar ya nunca después de la evolución de la teoría jurídica en los siglos XVII y XVIII. «Para que el corazón, la voluntad, la inteligencia se realicen, deben ser informados; el derecho debe hacerse moral, es decir, una costumbre; el Estado debe tener una organización racional y esto hará de la voluntad del individuo una voluntad realmente justa.» «Si uno quiere casarse o construir una casa, etc., lo único que le importa es el resultado personal; lo verdaderamente divino es la institución del agricultor, el Estado, el matrimonio, las disposiciones legales.» Estas frases son solamente ejemplos agudamente epigramáticos de un pensamiento del orden total y consciente. Todas las teorías individualistas del contrato del derecho racional abstracto, se ven aquí examinadas por Hegel con una superioridad soberana; la

[26] *Einleitung in die Philosophie der Mythologie*, edición de Manfred Schröter, t. XI, Múnich, 1928.

familia y el matrimonio son reconocidos de nuevo como comunidades naturales; la interpretación de Kant del matrimonio como un contrato mutuo de individuos necesitados de sexualidad es calificado como algo «vergonzoso» (*Rechtsphilosophie,* §75); la sociedad civil queda articulada en un gran orden general mediante los estamentos, con sus especiales dignidades, y mediante las «corporaciones», y todo ello subordinado al Estado. Así se daba el fundamento teórico necesario para hacer inofensiva, tanto como fuera posible en la realidad del siglo XIX, la aspiración a la totalidad de la sociedad civil contractual que surgió en ese mismo siglo, y que finalmente se impuso. El Estado es una «forma que alcanza la completa realización del espíritu en la existencia»; una «totalidad individual», un imperio de la razón objetiva y de la eticidad. Partiendo del desaparecido Sacro Imperio Romano se refugia Hegel en el Estado prusiano. De ahí que su construcción del Estado contenga tantos elementos del concepto de imperio. Ese Estado viene a ser un *imperio* de la eticidad objetiva y de la razón, capaz de elevarse sobre la sociedad civil, y desde arriba insertarse en ella. Sin duda, una definición que, utilizada en el marco de una «teoría general del Estado» para definir cualquier Estado, sería ciertamente irrisoria. En el hecho de que el Estado en la Alemania del siglo XIX se haya concebido como un imperio, se muestra la diferencia del concepto de Estado alemán respecto del derecho racional liberal-occidental o del positivismo. Este último oscila entre el decisionismo de la construcción estatal dictatorial de Hobbes y el normativismo del pensamiento jurídico-raciona-

lista tardío, entre dictadura y Estado de derecho burgués. El Estado de Hegel, por el contrario, no consiste en la paz civil, la seguridad y el orden de un funcionalismo legal previsible y coactivo. No es ni mera decisión soberana, ni una «norma de normas», ni una combinación alternativa entre excepción y legalidad de ambas representaciones del Estado. Es un concreto orden de órdenes, una institución de instituciones.

Hegel murió en 1831 como «filósofo del régimen». En la generación siguiente los grandes representantes de la teoría del Estado —Lorenz von Stein en Viena y Rudolf Gneist en Berlín— no han ejercido ya un dominio intelectual semejante. En Lorenz von Stein (1815-1890) la superioridad del Estado sobre la sociedad vino ya a ser problemática; Estado y sociedad ahora se contraponen. A pesar de ello, Stein aún puede salvar la independencia y el derecho propios del Estado frente a la sociedad, el sentido propio del «poder ejecutivo» frente a la legislación, del gobierno frente a las exigencias de la representación popular parlamentaria. Su intento ha quedado, a pesar del gran trabajo científico, sin éxito práctico y, por eso, un libro totalmente impregnado de pensamiento del orden concreto como es su *Verwaltungslehre* (aparecida por primera vez en 1865), que trata de desarrollar desde el pensamiento del orden concreto un auténtico concepto de gobierno, no pudo ya esencialmente influir en el pensamiento jurídico estatal. También Rudolf Gneist (1816-1895) mantiene el Estado; la administración es la educación del ciudadano (educado y burgués) para el Estado. Pero la sociedad civil aparece en él, a pesar de toda la

superioridad teórica del Estado, sin duda ya como la vencedora. La imagen del Estado y de la sociedad son totales y concretas. De ello ofrece un ejemplo ilustrativo su libro sobre el «Estado de derecho» (1872), porque en él el Estado de derecho no es concebido como abstracto, es decir, como determinado sólo por leyes, sino como un Estado construido por un acuerdo entre el Estado y la sociedad. La obra jurídica completa de los dos teóricos alemanes del Estado obedece a ese vano esfuerzo por incluir la sociedad civil en el Estado. La razón de la ciencia jurídica y la realidad concreta, aún no se han separado todavía normativo-positivamente; pero la teoría liberal de la separación de poderes, el fundamento del Estado de derecho liberal y el positivismo normativista que a él se ordena, se contraponen —mucho más en Stein que en Gneist— al pensamiento del orden alemán. Por ello sus trabajos son también hoy para nosotros de un interés actual, monumentos de un intento general auténtico, aunque sin éxito, de configuración teórica, y no sólo minas de un material precioso. Por el contrario, la «teoría orgánica del Estado» de Otto von Gierke y su teoría de la «personalidad jurídica real» no suponen ya una teoría del Estado concreto, sino una teoría general de la asociación. Está aún vivo en ella ciertamente su sentido del orden y de la comunidad, y la tradición del pensamiento jurídico alemán es aún fuerte y poderosa, pero la antítesis liberal-democrática entre corporación e institución enturbia la objetividad de su perspectiva histórico-jurídica. Él construye la monarquía prusiana del siglo XIX, que se hallaba en una desesperada defensiva como una «institución cumbre», resto de un

tiempo de absolutismo, y con ello la alaba sin querer. A pesar de todas las reservas en favor de los elementos «señoriales» del Estado, la teoría corporativista se hundía, después del gran ímpetu del primer tomo de la *Genossenschaftstheorie* (1868), en la típica división dual del nacional liberalismo del siglo XIX. No fue capaz de dominar el enorme material que había poderosamente recopilado. La crítica de Gierke contra el positivismo jurídico que impone Laband en 1883, permanece sin éxito tanto como las advertencias de Lorenz von Stein en el año 1885/1886, fundadas en su abundante conocimiento del Estado concreto, contra el abandono de una jurisprudencia del derecho público caracterizada como «jurídica»[27].

---

[27] El artículo de Gierke sobre el derecho estatal de Laband y la ciencia jurídica alemana está publicado en *Schmollers Jahrbuch* 1883, pp. 1097-1195; parte de que en la «limpia separación del derecho de la política está una de las más nobles tareas de una auténtica teoría estatal», pero que, sin embargo, no existe un derecho estatal totalmente apolítico. Con esta falta de claridad, venía a quitar eficacia a su crítica, por otra parte acertada, de la teoría jurídico estatal de Laband, como sólo aparentemente apolítica. La advertencia de Lorenz von Stein del año 1885-1886 (en el prólogo a los t. II y I, pp. 75-60 de la 5.ª edición de su *Lehrbuch der Finanzwisenschaft*) hace referencia a la consideración de que el positivismo jurídico de Laband, con su separación entre un tratamiento científico-político y otro puramente jurídico del derecho administrativo, muestra del modo más claro su insuficiencia científica sobre todo en la hacienda del Estado federal. «Se debe afirmar con asombro —dice Johann Popitz (*Finanzarchiv* 1932, p. 418)— «cómo Lorenz von Stein previó ya en 1885 con visión certera del significado de la administración y de la fuerza fiscal estatal, el camino que ha sido recorrido, aun cuando mucho más

A la vista de algunos precedentes históricos y de los problemas constitucionales se pueden aportar naturalmente más ejemplos para mostrar cómo el pensamiento científico-jurídico en Alemania aún no había caído en una abstracción normativista. Entre ellos hay que mencionar en primer lugar el intento de la fundación de la Liga alemana del norte en 1867, y otros actos comunitarios similares de tipo fundacional, no a modo de pactos, sino como «actos de comunidad» o «acuerdos» distintos de una concepción contractual individualista[28]. La mayor parte de los juristas de la línea del normativismo positivista no podían comprender la verdadera trascendencia y la fecundidad de la distinción entre «pacto» y «acuerdo», ni reconocer en absoluto los matices significativos que lleva consigo esa distinción para una superación del pensamiento contractual del liberalismo individualista. Después de la guerra mundial se repetía, en el ámbito del derecho del trabajo, un intento parecido sin éxito: se trataba de sacar los acuerdos laborales entre patronos y empleados de la esfera del pensamiento contractualista del derecho civil y de construir, a

---

tarde de lo que él había previsto, y ciertamente, como él mismo predijo, por razón de la naturaleza de las cosas, sin esperar a las investigaciones de la ciencia.»

[28] Binding, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes*, 1889. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 37 ss., pp. 178 ss.; Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902. Más literatura sobre el tema se puede encontrar en Meyer-Anschütz, *Staatsrecht*, 7.ª ed., 1919, p. 201. [Se refiere aquí el autor a la distinción entre el «contrato» privado (*Vertrag*) y el «acuerdo» público (*Vereinbarung*), propio especialmente del derecho público internacional. (*N. de la T.*)].

diferencia de un contrato, un «acuerdo». Tampoco ese proyecto pudo abrirse paso en el contexto estatal de la situación concreta de entonces. Sin embargo, esos intentos son de sintomática significación y muestran la ininterrumpida fuerza de un pensamiento del orden concreto bajo la cobertura de un positivismo superficial.

Es aún más significativo, en comparación con esas particularidades de la teoría jurídica, el grado en que seguía vivo el pensamiento del orden concreto en la praxis de la administración estatal y particularmente en el ejército prusiano. El ejército prusiano y la organización administrativa del Estado eran en sí mismos órdenes y organismos vivos, que no podían dejar desnaturalizar su propio derecho por un pensamiento legal normativista o positivista. En conceptos como «poder organizativo», «de servicio», «de prestación» y otros conceptos ejemplares del derecho político o administrativo se expresa el pensamiento del orden, indestructible en el derecho público de un Estado, el cual hace posible la existencia de un organismo estatal administrativo o de gobierno.

Ejemplos de este tipo aparecen también naturalmente en la lucha por defender el régimen del ejército prusiano frente al pensamiento constitucional normativista del Estado de derecho liberal. Se pusieron de manifiesto las contraposiciones, por ejemplo, con ocasión de la regulación de la disciplina y de la justicia penal militares en los años 1872 y 1873 y de la orden del Káiser sobre el tribunal de honor del 2 de mayo de 1874. Los conceptos de jefatura, comandancia, orden superior, general de operaciones, juez supremo no podían

ser separados unos de otros sin destruir el ejército prusiano. La necesidad de una jefatura en cada unidad y agrupación de orden concreta muestra aquí su relación interna con los conceptos de disciplina y honor. Para el pensamiento constitucional normativista, sin embargo, era «jurídicamente evidente» que toda jurisdicción, como una función «estrechamente ligada a la norma», debería estar separada de la jefatura. Un modo de pensar jurídico dominado por la contraposición entre norma y mandato, *lex* y *rex*, no puede comprender en absoluto la idea del *Führer*. Por ello exige el juramento a la Constitución, a una norma, en vez de a un *Führer*. Su teoría de la división de poderes separa la justicia y la administración y hace necesaria aún una mayor separación entre jurisdicción militar, jurisdicción de honor y jefatura militar. Para el rey de Prusia, por el contrario, cada sentencia del tribunal de honor y cada nombramiento de un juez militar eran del mismo modo una competencia de su jefatura militar, como lo era una orden general sobre un juicio de honor y sus principios. Para la conciencia jurídica de un rey prusiano que piensa en el orden concreto del ejército prusiano era evidente que es jurídicamente imposible e impermisible separar la jefatura militar, el ejercicio de la disciplina, la cualificación de los oficiales y las cuestiones del tribunal de honor.

Hoy, después de que, con una nueva comunidad de vida, también el pensamiento del orden concreto se ha vuelto a revitalizar, es para nosotros más comprensible que para el modo de pensar normativista jurídico liberal —anclado en la separación de poderes del viejo individualismo— el axioma jurídico

que establece que fidelidad, disciplina y honor no pueden ser separados del mando militar[29]. También podemos legitimar de nuevo hoy, directamente, una idea de fidelidad, porque el «Movimiento» jura una inquerantable fidelidad al «*Führer*». Un pensamiento legal normativista, por el contrario, sólo es capaz de entender la deserción o la traición como «acciones penalizadas», sólo como presupuesto de una exigencia de pena estatal, pero no como una esencial injusticia y como un crimen de perjurio e infidelidad.

2. DESARROLLO EN INGLATERRA Y FRANCIA

La ciencia jurídica de otras naciones europeas ha encontrado otras expresiones y formas de defensa contra el positivismo normativista. En este punto, la ciencia jurídica inglesa puede quedar fuera de consideración porque el método inglés del llamado *case law* no está expuesto del mismo modo a la estrechez de miras del normativismo. Esto está

[29] Si hoy, por ejemplo, se traspasan los derechos del Senado universitario al Rector de la Universidad (en Prusia, por el decreto del Ministerio de Ciencia, Arte y Educación Popular del 28 de octubre de 1933) para asegurar una dirección unitaria de la Universidad, es erróneo exceptuar del traspaso las competencias de justicia disciplinaria y del tribunal de honor que tenía ese Senado, por razón de que se trata, en este caso, de jurisdicciones o de otras competencias de justicia. Eso sólo se puede justificar desde un normativismo liberal y «divisor de poderes», el cual destruye tanto el concepto de gobierno, como el de disciplina y jurisdicción de honor.

en la naturaleza de las cosas y es válido para la vida jurídica de todos los países en los que rige el *case law* y, por eso, también para los Estados Unidos de América. Aunque existen a este respecto grandes diferencias. También en la praxis del *case law* es posible un normativismo de derecho natural y racional. Sucede cuando, como ocurre frecuentemente en la mentalidad de los juristas americanos, por aparecer una norma como fundamento de la decisión del precedente, se contempla éste como concluyente, de modo que, en último término, tanto el juez del caso que sienta precedente como el juez de los demás casos que le sigan queda ligado a la norma. En este sentido la praxis del *case law* se acerca de nuevo al pensamiento de reglas, aunque no pueda caer tan fácilmente en un estrecho positivismo, que sólo se da con la codificación de ámbitos jurídicos enteros. Según la mentalidad inglesa del *case law*, el caso precedente vincula como caso singular; no obliga la norma que es para él fundamento de la decisión, ni tampoco (como ocurre en la construcción de Blackstone) una costumbre evidentemente actualizada en la decisión de precedentes[30]. Por contraste con la tendencia americana a un normativismo naturalista o racionalista, podría hablarse ahí de un puro decisionismo. La vinculación con el caso precedente se entendería entonces sólo como una vinculación a la decisión del juez precedente. En el pensamiento jurídico inglés se encuentran de modo particulamente claro ejemplos

[30] Sobre esto el documentado artículo de Goodhart, en *The Law Quarterly Review*, t. L, Londres, 1934, pp. 40 ss.

puros de un auténtico decisionismo, en el cual quiero incluir además de a Hobbes, el positivismo legislativo estatal, ya citado, de J. Bentham y, en el siglo XIX, sobre todo a Austin. Sin embargo, no me parece acertado hacer una interpretación decisionista del típico modo de aparecer esa *case law*-praxis. Francamente para un jurista del continente europeo no es fácil orientarse en el pensamiento autóctono de la praxis jurídica insular inglesa. Sería pensable, sin embargo, que el juez siguiente estuviera vinculado, no por la norma decisoria que está en la base de una decisión previa, ni por la decisión previa como pura decisión, sino sólo por un «caso» como tal. Entonces el *case law* inglés supondría un ejemplo de pensamiento del orden concreto, fundado en el derecho intrínseco de un caso determinado. El caso precedente estaría entonces incluido en su decisión, sería el paradigma concreto de los casos subsiguientes, los cuales tienen su derecho concreto en sí mismos, no en una norma o en una decisión. Cuando se considera al nuevo caso como un caso igual al precedente, en esa igualdad concreta queda incluido también el orden que aparecía en la decisión judicial previa.

La situación de la ciencia jurídica en los países románicos estaba, al contrario que en Inglaterra, caracterizada generalmente por grandes codificaciones y por la teoría y praxis positivistas que aparecen en su cortejo. En este contexto tiene lugar también la crítica y posición metódicas (Gény y Saleilles), aproximadamente contemporánea de la «Jurisprudencia libre» en Alemania (*Freirechtsbewegung*), aunque menos radical que ésta. Pero también aparece un nuevo tipo de pensamiento: la

teoría de la institución, que Maurice Hauriou (1856-1929) desarrolló en los años 1896-1926. Ella es, después del dominio del positivismo jurídico, el primer intento sistemático de restaurar el pensamiento del orden concreto. La ya mencionada y muy significativa teoría del *Ordinamento giuridico* de Santi Romano está influida por ese trabajo. Hauriou, decano por muchos años en la facultad de Toulouse, era el famoso antagonista de su no menos famoso colega positivista en Burdeos Léon Duguit (1859-1928). Se puede intentar reconducir las contradicciones entre ambos jurístas a algunos tópicos: metafísica contra positivismo, pluralismo contra monismo, *institution* contra *règle de droit*[31]. Precisamente por ellas se puede ver hasta qué punto quedaron anticuadas las antítesis del liberal siglo XIX. El positivismo jurídico de Duguit es enteramente metafísico, mientras que el supuesto místico Hauriou es «realista», cercano a la realidad y en ese sentido infinitamente más «positivo» que un doctrinario del positivismo de principios puramente «científicos».

Hauriou no empezó haciendo una teoría jurídica y menos aún una metodología. Él observó, glosó, comentó, y prosiguió científicamente la praxis del derecho administrativo francés, en particular las decisiones del *Conseil d'État*, en un trabajo de cuarenta años. El derecho administrativo francés se origina, en el lento crecimiento de la praxis del

[31] Son aquí de especial interés los discursos de Waline y A. Mestre que menciona J. Bonnecase en la obra citada, pp. 246 ss., así como la propia posición de Bonnecase (p. 262).

Consejo de Estado; la teoría de la institución de Hauriou nació de un modo orgánico de la observación de esa praxis de Administración y está determinada esencialmente por su tema. De la ocupación diaria con su objeto inmediato[32] —no por exprimir de modo normativista-positivista un texto legal aislado— obtiene Hauriou directamente una comprensión jurídica clara del *régime administratif*, esto es, del viviente organismo administrativo francés, al cual concibe como una unidad viva con leyes propias y con una disciplina interna, que se distingue tanto del gobierno como de la justicia civil, como también de las funciones de administración aisladas que se encuentran en todos los Estados. De esa visión concreta de un orden concreto se originó la teoría de la «institución».

Como ya muestra el gran ejemplo alemán, la teoría administrativa de Lorenz von Stein, la consideración científico-jurídica concreta de una administración estatal ordenada es lo que mejor puede proporcionar los elementos de una teoría general de la institución: orden de instancias, jerarquía de los funcionarios, autonomía interna, equilibrio interno de las fuerzas y tendencias opuestas, disciplina interna, honra y secreto del cargo, a lo que se añaden todos los presupuestos que esto lleva consigo, a saber, una situación establecida, una

---

[32] Esa investigación ha dejado tras de sí un gran monumento de productividad jurídica en los tres volúmenes de sus anotaciones completas a las decisiones del «Consejo de Estado» y del «Tribunal de Conflictos» de 1892 a 1928, publicados por A. Hauriou. (1.ª edición bajo el título *Notes d'Arrêts,* 1928; 2.ª edición como *Jurisprudence administrative*, 1930).

situation établie. Éstos vienen a ser los elementos de un concepto de *institution* que ahora se aplica a los distintos tipos de organizaciones y formaciones de derecho público o privado, y que resulta fecundo para su conocimiento científico-jurídico. Debo renunciar a hablar aquí sobre la teoría de Hauriou en detalle; sus diferentes estadios y modificaciones son expresiones de un progresivo crecimiento y cambio en su producción, y también, como tal, de gran trascendencia jurídica[33]. Es suficiente, para lo que aquí nos interesa, que la mera restauración del concepto de «institución» supere, tanto el actual normativismo, como el decisionismo y con ello también el positivismo ligado a ambos. El Estado mismo no es para el modo de pensar institucional una norma o un sistema de normas, tampoco una mera decisión soberana, sino la «institución de instituciones», en cuyo orden muchas otras instituciones en sí autónomas encuentran su defensa y su orden.

3. EL ESTADO ACTUAL DE LA CIENCIA JURÍDICA ALEMANA

Para nosotros, alemanes, la palabra «institución» tiene todas las desventajas y pocas de las ventajas de que gozan las palabras extranjeras. No se puede traducir por «organización», ni por «estableci-

[33] Los tres hitos más importantes están en los años 1896 (*La Science sociale traditionnelle*), 1910 (1.ª edición de los *Principes de Droit Public*) y 1925 (*La Théorie de l'Institution et de la fondation in la Cité moderne et les transformations du Droit*; t. 4 de *Cahiers de la Nouvelle Journée*).

miento», ni por «organismo» a pesar de que refiere algo de cada uno de estos conceptos. La palabra «organización» es muy general y pone de relieve solamente la objetiva cara externa organizatoria. El término «establecimiento» ha dejado de ser usual porque en el siglo XIX vino a ser un contraconcepto político-polémico del de cooperativa y está ligado a la situación de la lucha política interna del siglo XIX. La palabra «organismo», finalmente, está gravada por la antítesis con el concepto de «mecanismo». La palabra de origen latino, sin embargo, influye, como otros términos de origen latino, y quizás inconscientemente, en el matiz de fijación definitiva. Por eso tiene la expresión «pensamiento institucional»[34] el sello de una mera reac-

[34] Yo he utilizado corrientemente esta expresión, haciendo relación sin más a mi teoría de las «garantías institucionales» de la Constitución (Berlín, 1931), frecuentemente y por última vez en el prólogo a la 2.ª edición de mi obra *Politische Theologie*, p. 8, Múnich/Leipzig 1934. [La palabra latina *institutio* se refiere ordinariamente a la enseñanza elemental, como «instrucción» (*instructio*), y de ahí deriva, en primer lugar, la referencia a los tópicos permanentes del sistema de una enseñanza, y, luego, a la misma realidad constante referida en ellos, como ejército, coronación, matrimonio, demanda procesal, compraventa, herencia, etc. Como también en «instituto», la idea de estabilidad permanente es lo esencial en ese término; como el autor dice, no tiene traducción exacta en la lengua alemana, para la que resulta una importación de un término extraño. Traducimos «*Einrichtung*» por «organización», porque se destaca así el sentido de régimen directivo, «*Anstalt*» por «establecimiento» para destacar su constitución no-espontánea, y conservamos literalmente «organismo», que presupone la integración de un ente funcional dentro de un conjunto natural. El término «institución», precisamente por su origen

ción conservadora contra el normativismo, el decisionismo y el positivismo del último siglo y se expone a malentendidos y a objeciones demasiado triviales. De ahí que la teoría de la institución de Hauriou desemboque en su discípulo G. Renard en un neotomismo, a través del cual aparece como una teoría típicamente católico-romana[35]. Sería lamentable, sin embargo, que la poderosa tendencia hacia el pensamiento del orden concreto y de la forma, que hoy acoge el pensamiento científico-jurídico de las naciones, quedara reprimida por tales malentendidos y restricciones. Naturalmente, las distintas naciones se diferencian por su actual pensamiento respecto a palabras, conceptos y formas, que vienen determinadas por su modo de ser propio y su tradición histórica. Este es uno de los grandes aciertos, que debemos al movimiento nacionalsocialista. Por eso quiero proponer para la caracterización del tercero y actual modo de pensar científico-jurídico, no la de «institucional», sino la de pensamiento del orden y configuración concretos. Así se disipan los malentendidos y las interpretaciones erradas que tratan de subordinar ese pensamiento a tendencias políticas de mera restauración de cosas pasadas o de una conservación de viejas organizaciones.

---

formal, abarca los aspectos dinámicos y estáticos y el carácter natural o no de los entes a que se refiere. (*N. de la T.*)]

[35] Georges Renard, *La Théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, París, 1930; *L'institution, fondement d'une renovation de l'ordre social*, París, 1933; ver también el artículo de Ivor Jennings, «The Institutional Theory», en *Modern Theories of Law*, Londres 1933, pp. 68-85.

En Alemania se puede ver hoy del modo más claro en qué medida ha llegado a su fin el tiempo del positivismo jurídico. En todas partes y en todos los campos de la vida jurídica penetran las llamadas «cláusulas generales» en detrimento de la «seguridad» positivista: conceptos indeterminados de todo tipo, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como buenas costumbres, lealtad y buena fe, exigibilidad y no-exigibilidad, razón suficiente, etcétera, que suponen una renuncia al fundamento del positivismo, a saber, la decisión legal, a la vez contenida y desvinculada de la norma. Ni la legislación ni la jurisdicción podrían hoy prescindir de ellas. Se han convertido en la ciencia jurídica alemana, desde hace más de un año, en una cuestión jurídica importante. Su aparición y fuerza son objeto de advertencia por considerarlas como un peligro para la seguridad y la previsibilidad jurídicas[36]. Desde el punto de vista del actual credo positivista —según el cual sólo la unión de la decisión con fuerza jurídica y la regla, dada por ese positivismo, garantiza la seguridad jurídica—, esas prevenciones y recelos tienen fundamento. Con ellas, la ley, perfecta en sí misma y sin lagunas, el «fundamento de la evidencia», falla. Por otro lado, sin embargo, H. Lange ha reconocido esas cláusulas generales como vehículo del derecho natural, como portadoras de un nuevo pensamiento jurídico, como formas de irrupción de nuevas ideas, como un «huevo de cuco en el sistema jurídico liberal», y

[36] J. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Jena, 1933.

las ha considerado un signo de la superación del pensamiento jurídico positivista nacido en el siglo XIX[37]. En el momento en que conceptos como «lealtad y buena fe», «buenas costumbres», etc., se aplican no a una sociedad civil de tráfico individualista, sino al interés de la totalidad del pueblo, cambia de hecho todo el derecho sin que sea preciso que cambie una sola ley. Yo estoy, por tanto, convencido de que con esas cláusulas generales puede introducirse un nuevo modo de pensamiento jurídico. Ahora bien, no pueden ser utilizadas como mero correctivo del positivismo actual, sino que deben ser utilizadas como medios específicos de un nuevo tipo de pensar jurídico.

Como tales entran en consideración no sólo en el derecho civil de obligaciones y en los derechos reales, en el de familia o en el de sucesiones. Donde mejor se muestra hasta dónde ha llegado ya hoy el proceso de disolución del positivismo, y qué imposible es volver al modo de pensar dominante en el siglo XIX, es en los ámbitos nucleares del pensamiento jurídico liberal: el derecho penal y el fiscal. Tanto el método de la formación de conceptos descriptivos de tipos fácticos aparentemente firmes, como el ideal de la «objetividad» están desapareciendo. Pienso, por ejemplo, en relación con el derecho penal —cuyos conceptos y fundamentos han sido repensados de nuevo por Dahm, Schaffstein y Henkel[38]—, en los nuevos (desde el

[37] H. Lange, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, Tubinga, 1933.

[38] G. Dahm y Fr. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres*

punto de vista de los viejos conceptos) delitos «indeterminados», como la deslealtad, la traición a la nación o la traición económica y en la incorporación de los llamados elementos normativos del delito —por oposición a descriptivos—[39]. De aún mayor importancia sistemática es el cambio en las relaciones entre la parte general y especial del código de derecho penal, como ya se pone de manifiesto en el memorándum del derecho penal nacionalsocialista de otoño de 1933, con la dirección del ministro de justicia prusiano Kerrl. En este código comienza la normativa penal, no con una parte general, sino con los distintos hechos punibles. El aislamiento de conceptos «generales» —como culpa, cooperación, tentativa— del delito concreto —como alta traición, robo o incendio—, ya no aparecen hoy como una clarificación conceptual o como una garantía de mayor seguridad jurídica y precisión, sino, antes bien, como una abstracción artificial y absurda, desconectada de las relaciones vitales natural y realmente dadas.

También en el derecho fiscal, cuya precisión es de una significación igualmente fundamental para el pensamiento jurídico, aparecen, en lugar de los

---

Strafrecht?, Hamburgo, 1933; H. Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburgo, 1934.

[39] La expresión elementos típicos «normativos» alude aquí solamente a la contraposición con los rasgos típicos descriptivos supuestamente firmes y sin referencia a valores. Es un síntoma de la división interna del positivismo, que combina el normativismo y el decisionismo, y muestra cómo un normativista puro ya no piensa de modo puramente positivista; ver sobre esto las páginas anteriormente escritas.

conceptos pulidos, tomados del derecho privado, aparentemente firmes jurídicamente, otros referidos inmediatamente a la realidad económica y social. Que esto ocurra en el derecho fiscal, tiene una significación sintomática incluso más allá del marco reducido de éste, porque el derecho fiscal, análogo al derecho presupuestario en el ámbito constitucional, era una especie de reliquia del positivismo del Estado de derecho liberal. El único sistema jurídico de derecho fiscal aparecido desde 1919, —es decir, desde la conversión de Alemania en un Estado fiscal y de reparaciones—, desarrolló sistemáticamente, en analogía con el derecho penal, la teoría de la adecuación al tipo de la exigencia de impuestos estatal[40]. Pero precisamente en el derecho fiscal se mostró primeramente de modo palmario que una regulación justa y conveniente no puede llevarse a cabo con los conceptos anticuados de un positivismo puro. En la ley de impuestos del *Reich,* de 13 de diciembre de 1919, se encuentra ya la frase innovadora del § 4, en la que, con la interpretación de la ley de impuestos, es preciso tener en cuenta su fin, su significado económico y el desarrollo de las relaciones. Con ello cae el fundamento de la «seguridad» positivista, la autarquía del contenido determinado por la ley. Esta convicción primeramente lograda en el terreno del derecho fiscal ha encontrado también una expresión jurídica sistemática en el desarrollo de la legislación del impuesto de utilidades alemana, desde

[40] Albert Hensel, *Steuerrecht*, 1.ª ed., Berlín, 1924; 3.ª ed., 1933.

la ley de 26 de julio de 1918 hasta las sucesivas leyes de 8 de mayo de 1926. La ley del impuesto de utilidades alemana rompe intencionadamente con los tipos tradicionales del derecho comercial y contractual de un derecho civil pensado para las necesidades del tráfico; se habla, intencionadamente, no de compra, renta, sueldo o entrega de propiedad, sino de abastecimiento, indemnización, etcétera.

Con estos nuevos conceptos no tienen por qué ser introducidos conceptos abstractos o aún más generales como aquellos de cada tipo contractual. Más bien se crea con ellos la posibilidad de convertir en derecho la realidad concreta de unas relaciones vitales para calificar tributariamente de un modo justo un fenómeno económico. El normativismo y positivismo de viejo estilo resultarían aquí totalmente desarmados frente a las posibilidades lógicas ilimitadas de las calificaciones jurídico-formales más libres. El normativismo puso en ridículo al «Estado de derecho» en el terreno fiscal, del mismo modo que facilitaba al delincuente audaz y con imaginación la ridiculización del derecho penal gracias al principio *nulla poena sine lege*. Destacadas autoridades de nuestro derecho fiscal, como Johannes Popitz y Enno Becker, han reconocido ese peligro y lo han atacado con una gran conciencia jurídica y metódica. Con ello han protegido a la ciencia jurídica fiscal alemana de la degeneración en una técnica de eludir impuestos[41].

---

[41] J. Popitz, *Einleitung zu dem Kommentar zum Umsatzsteuergesetz*, 1929; de las publicaciones de E. Beckers

Tales conceptos, que —en contraposición al positivismo legal, combinación de pensamiento de reglas y pensamiento decisionista, separado normativamente de la realidad de la vida— se refieren inmediatamente a la realidad concreta de unas relaciones vitales, conducen necesariamente a un nuevo modo de pensar jurídico, que se corresponde con el orden dado o con un nuevo orden que surge. En la ciencia jurídica fiscal alemana y, de ahí, también en cuestiones fiscales que parecen de segundo orden, se hace visible inmediatamente la relación intrínseca que existe entre el orden estatal, social y nacional de la vida de una comunidad. Las cuestiones, por ejemplo, de la deducción de impuestos para los padres de familia y con un determinado número de hijos, el reconocimiento de un determinado nivel de vida y gastos, o las cuestiones de imposición de contribuciones sobre el sueldo de los funcionarios y del impuesto del tráfico, hacen referencia inmediata, en cada una de sus particularidades, a órdenes de vida concretos y a instituciones como el matrimonio, la familia, la clase o el Estado, y exigen así una fundamental toma de posición[42].

---

hay que destacar aquí solamente su conferencia en el «*Deutschen Juristentag*», Leipzig 1933 (aparecida en los *Ansprachen y Fachvorträgen des deutschen Juristentags*, Berlín, 1933, p. 300, publicados por el consejero de Estado Dr. Schraut).

[42]Para ese carácter, si lo puedo decir así, nuevamente universal del pensamiento científico es de un interés particular el trabajo que el ministro de finanzas prusiano Popitz ha publicado en el artículo «*Recht und Wirtschaft*» (*Jur. Wochenschrift* 1933, fascículo 1) sobre la gran obra del economista alemán

Mientras que en la evolución del derecho fiscal y penal se lleva a cabo la liquidación del pensamiento positivista de reglas y leyes, en otros campos del derecho público surgen muchos nuevos órdenes, que se sustraen totalmente al pensamiento del siglo XIX. El nuevo derecho político y administrativo ha impuesto el principio fundamental del *Führer* y, con él, conceptos como lealtad, adhesión, disciplina y honor, los cuales solamente pueden ser entendidos desde el punto de vista de una comunidad y un orden concretos. La unidad política está constituida por los tres órdenes de Estado, Movimiento y Pueblo. La estructura de las organizaciones corporativas impondrá aún más la idea de la unidad indivisible de gobierno, disciplina y honor, y, con ello, superará el normativismo basado en la «división de poderes». En un pueblo organizado corporativamente existe siempre una pluralidad de órdenes, cuyas jurisdicciones corporativas —«tantas corporaciones, tantas jurisdicciones»— deben surgir de cada uno de ellos. El legislador nacional socialista ha expresado con la mayor claridad el nuevo pensamiento del orden en su *Gesetz zur Ordnung der nationales Arbeit* del 20 de enero de 1934 (RGBl., I, p. 45). Si recordamos el caso ya

---

Von Gottl-Ottlilienfeld. La teoría económica de ese profesor berlinés se mueve con formas y estructuras, en lugar de con conceptos y relaciones abstractos y aislados. Esto podría servir al nuevo pensamiento del orden concreto de la ciencia jurídica, de modo análogo a como el sistema individualista de la llamada economía nacional clásica del pensamiento capitalista del Estado de derecho burgués se correspondía con el normativismo positivista.

mencionado arriba del malogrado intento del derecho del trabajo de superar, al menos para los contratos laborales, los principios contractuales privados mediante el concepto de acuerdo, esa nueva ley para el orden del trabajo nacional aparece como un poderoso avance que de golpe deja atrás todo un mundo individualista de concebir los contratos y las relaciones jurídicas. La ley ya no habla de empresarios y trabajadores; en lugar del contrato laboral se impone un orden laboral; empresario, empleado y trabajador son el director y el personal de una empresa que trabajan unidos para conseguir los fines de la empresa y para el bien común del pueblo y el Estado; ambos aparecen como miembros de un mismo orden, de una comunidad con carácter jurídico público. La jurisdicción de honor social es una consecuente aplicación del pensamiento del orden, el cual hace que la lealtad, la adhesión, la disciplina y el honor sean comprendidos no ya como funciones de reglas y normas desvinculadas, sino como elementos esenciales de una nueva comunidad, de su orden y forma vital concretos.

CONCLUSIÓN

Sólo después de esta resumida y breve ojeada sobre la situación actual de la ciencia jurídica alemana, podrán reconocer los juristas la profunda y decisiva significación del nuevo concepto de jurista introducido en Alemania por el movimiento nacionalsocialista. La unión corporativa de los juristas alemanes en el *Deutsche Rechtsfront* tiene como fundamento de su organización un concepto de jurista que pone de manifiesto y supera la separación positivista actual entre derecho y economía, derecho y sociedad, derecho y política. A la nueva formación corporativa de los juristas alemanes debe pertenecer todo compatriota alemán que se ocupe en su trabajo profesional de la aplicación o mejora del derecho alemán en la vida pública, en el Estado, en la economía o en la administración autónoma, y que de ese modo esté enraizado en la vida jurídica alemana. A este nuevo concepto de derecho, de jurista y de profesión jurídica corresponde tanto la *National-sozialistische Deutsche Juristenbund*, es decir, la parte del movimiento nacional socialista que particularmente se ocupa del derecho alemán, como también la *Akademie für Deutsches Recht* fundada en octubre de 1933. El *Führer* del

frente jurídico alemán y fundador y presidente de la *Akademie für deutsches Recht*, comisario de justicia del *Reich,* Dr. Hans Frank, ve la tarea de los juristas alemanes sobre todo en una configuración de la realidad (*Sachgestaltung*) congruente con el espíritu alemán[43]. Con esa palabra, acuñada por él, ha llegado a expresarse de modo conciso el cauce esencial del nuevo pensamiento del orden y de la forma. Para el tipo tradicional de pensamiento positivista, este avance indiscutible de un nuevo modo de pensamiento aparece sin duda como un simple correctivo de sus viejos métodos, como una mitigación de la rigidez análoga al anterior correctivo de la «Jurisprudencia libre», como una simple acomodación a una nueva situación con el fin de continuar y conservar el tipo actual. Pero el cambio del modo de pensamiento jurídico está hoy ligado al cambio de la estructura total del Estado. Todas las variaciones del modo de pensar jurídico se originan, como antes he mostrado, en el gran entramado histórico y sistemático, que ordena esas variaciones a la respectiva situación de la vida de la comunidad política. Del mismo modo que el decisionismo de Hobbes fue necesario en el siglo XVII, en el momento de imponerse el absolutismo de los príncipes, y como el normativismo racionalista corresponde al siglo XVIII, del mismo modo se explica la unión entre decisionismo y normativismo, que presenta el positivismo legal reinante desde el siglo XIX, a saber: desde el punto de vista de una determinada relación dualista entre Estado

[43] *Juristische Wochenschrift*, 1933, p. 2091.

y sociedad civil, desde la estructura dualista de la unidad política, desintegrada entonces en Estado y sociedad, que alternaba entre excepción y normalidad. Tan pronto como esta estructura dualista entre Estado y sociedad libre de Estado desaparece, debe también caer con ella el tipo de pensamiento jurídico que le es propio. El Estado actual ya no es dualista, ya no está dividido en Estado y sociedad, sino que esta construido sobre tres órdenes, Estado, Movimiento y Pueblo. El Estado, como orden propio dentro de la unidad política no tiene ya el monopolio de lo político, sino que es un órgano del jefe —*Führer*— del Movimiento. Una unidad política así construida no se adecua al pensamiento jurídico decisionista o normativista o al pensamiento jurídico positivista que combina ambos. Se necesita ahora el pensamiento concreto del orden y de la forma que ha surgido para las nuevas tareas de la situación estatal, popular, económica e ideológica y para las nuevas formas de comunidad. Por eso, en esa introducción de un nuevo modo de pensar jurídico está contenido no un simple correctivo del actual método positivista, sino un tránsito a un nuevo modo de pensar jurídico, que se ajusta a las futuras comunidades, órdenes y formaciones de un nuevo siglo.

Colección Clásicos del Pensamiento

TÍTULOS PUBLICADOS

1. John Locke: *Carta sobre la tolerancia* (3.ª ed.).
2. Abū Nasr al Farābī: *La Ciudad Ideal* (2.ª ed.).
3. Montesquieu: *Del espíritu de las leyes* (3.ª ed.).
4. Pasquale Stanislao Mancini: *Sobre la Nacionalidad.*
5. Jean-Jacques Rousseau: *Discurso sobre la Economía política.*
6. Rudolf Hilferding: *El capital financiero.*
7. Immanuel Kant: *Sobre la paz perpetua* (3.ª ed.).
8. John Stuart Mill: *Del Gobierno representativo* (2.ª ed.).
9. Max Weber: *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales* (2.ª ed.).
10. Baruch Spinoza: *Tratado teológico-político. Tratado político* (3.ª ed.).
11. Jean Bodin: *Los seis libros de la República* (2.ª ed.).
12. Edmund Husserl: *Meditaciones cartesianas.*
13. Montesquieu: *Cartas persas* (2.ª ed.).
14. Averroes: *Exposición de la «República» de Platón* (3.ª ed.).
15. Francisco de Quevedo: *Defensa de Epicuro contra la común opinión.*
16. Denis Diderot y Jean le Rond d'Alembert: *Artículos políticos de la «Enciclopedia»* (2.ª ed.).
17. Martín Lutero: *Escritos políticos* (2.ª ed.).
18. Joseph A. Schumpeter: *Imperialismo. Clases sociales* (2.ª ed.).
19. Étienne de la Boëtie: *Discurso de la servidumbre voluntaria o el Contra uno* (2.ª ed.).
20. Marco Tulio Cicerón: *Sobre la República. Sobre las leyes* (2.ª ed.).
21. Johann Gottlieb Fichte: *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos.*
22. Lucio Anneo Séneca: *Diálogos.*
23. *Código de Hammurabi* (2.ª ed.).
24. Immanuel Kant: *Teoría y práctica* (2.ª ed.).
25. Thomas Hobbes: *Del ciudadano. Leviatán* (3.ª ed.).
26. David Hume: *Ensayos políticos* (2.ª ed.).
27. Jean-Jacques Rousseau: *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos* (3.ª ed.).
28. Gottfried Wilhelm Leibniz: *Análisis infinitesimal* (2.ª ed.).
29. Ludwig Wittgenstein: *Últimos escritos sobre Filosofía de la Psicología.* Vol. I (2.ª ed.)
30. Immanuel Kant: *Los progresos de la metafísica desde Leibniz y Wolff.*
31. Isaac Newton: *Principios matemáticos de la Filosofía natural.*

32. Henry D. Thoreau: *Desobediencia civil y otros escritos.*
33. Sulpicio Severo: *Obras completas.*
34. Nicolás Copérnico: *Sobre las revoluciones (de los orbes celestes).*
35. Johann Gottlieb Fichte: *Introducciones a la doctrina de la ciencia.*
36. Immanuel Kant: *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia* (2.ª ed.).
37. Tomás Moro: *Utopía* (2.ª ed.).
38. Thomas Jefferson: *Autobiografía y otros escritos.*
39. René Descartes: *Discurso del método* (3.ª ed.).
40. Mo Ti: *Política del amor universal.*
41. Père Joseph y Henri de Rohan: *Del interés de los Estados.*
42. Johann Heinrich Pestalozzi: *Cartas sobre educación infantil.*
43. J. B. Erhard, J. B. Geich, J. G. Hamann, J. G. Herder, I. Kant, G. E. Lessing, M. Mendelssohn, A. Riem, F. Schiller, Ch. M. Wieland: *¿Qué es Ilustración?* (3.ª ed.).
44. Louis-Ambroise de Bonald: *Teoría del poder político y religioso.*
45. *Poema de Gilgamesh* (2.ª ed.).
46. Nicolás Maquiavelo: *Del arte de la guerra* (2.ª ed.).
47. David Hume: *Tratado de la naturaleza humana* (2.ª ed.).
48. Lucio Anneo Séneca: *Sobre la clemencia.*
49. Benjamin Constant: *Del espíritu de conquista. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos.*
50. *Himnos sumerios.*
51. Johann Gottlieb Fichte: *Discursos a la nación alemana.*
52. Nicolás Maquiavelo: *El príncipe* (3.ª ed.)..
53. Wilhelm von Humboldt: *Los límites de la acción del Estado.*
54. Jean-Jacques Rousseau: *El contrato social o Principios de derecho político* (3.ª ed.).
55. *Fragmentos Vaticanos.*
56. Jean-Jacques Rousseau: *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su Proyecto de reforma.*
57. Marsilio de Padua: *El defensor de la paz.*
58. Francis Bacon: *Teoría del cielo.*
59. Immanuel Kant: *La metafísica de las costumbres* (2.ª ed.).
60. *Libro de los Muertos* (2.ª ed.).
61. Martin Heidegger: *La autoafirmación de la Universidad alemana. El Rectorado, 1933-1934. Entrevista del «Spiegel»* (2.ª ed.).
62. Baruch Spinoza: *Tratado de la reforma del entendimiento y otros escritos.*
63. Nicolai Hartmann: *Autoexposición sistemática.*
64. Marco Tulio Cicerón: *Sobre los deberes.*
65. Santo Tomás de Aquino: *La monarquía* (2.ª ed.).
66. *La Revolución francesa en sus textos.*
67. Joseph de Maistre: *Consideraciones sobre Francia.*
68. Hans J. Morgenthau: *Escritos sobre política internacional.*
69. Thomas Paine: *El sentido común y otros escritos.*

70. *Himnos babilónicos.*
71. Georg Wilhelm Friedrich Hegel: *Diferencias entre los sistemas de filosofía de Fichte y Schelling.*
72. Eduard Bernstein: *Socialismo democrático.*
73. Voltaire: *Filosofía de la Historia.*
74. Immanuel Kant: *Antropología práctica.*
75. Karl Mannheim: *El problema de una sociología del saber.*
76. Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher: *Sobre la religión.*
77. Pedro Abelardo: *Conócete a ti mismo.*
78. Carl Schmitt: *Sobre el parlamentarismo.*
79. Gottfried Wilhelm Leibniz: *Escritos en torno a la libertad, el azar y el destino.*
80. Gottfried Wilhelm Leibniz: *Los elementos del Derecho natural.*
81. Nicolás Maquiavelo: *Escritos políticos breves.*
82. Johann Gottlieb Fichte: *El Estado comercial cerrado.*
83. Epicuro: *Obras* (2.ª ed.).
84. Johann Christoph Friedrich Schiller: *Escritos sobre estética.*
85. Gottfried Wilhelm Leibniz: *Escritos de dinámica.*
86. Anne-Robert-Jacques Turgot: *Discursos sobre el progreso humano.*
87. Immanuel Kant: *Principios metafísicos de la ciencia de la naturaleza.*
88. Francis Hutcheson: *Una investigación sobre el origen de nuestra idea de belleza.*
89. Bartolomé de Las Casas: *Brevísima relación de la destrucción de las Indias.*
90. Guillermo de Ockham: *Sobre el gobierno tiránico del papa.*
91. Thomas Hobbes: *Diálogo entre un filósofo y un jurista, y escritos autobiográficos.*
92. David Hume: *Historia natural de la religión.*
93. Dante Alighieri: *Monarquía.*
94. Thomas Hobbes: *Behemoth.*
95. Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling: *Cartas sobre dogmatismo y criticismo.*
96. Fadrique Furió Ceriol: *El Concejo y Consejeros del Príncipe.*
97. Ludwig Feuerbach: *Escritos en torno a «La esencia del cristianismo».*
98. Ludwig Ernst Borowski: *Relato de la vida y el carácter de Immanuel Kant.*
99. Gottfried Wilhelm Leibniz: *Disertación sobre el estilo filosófico de Nizolio.*
100. *Ley de las XII Tablas.*
101. John Stuart Mill: *Bentham.*
102. Arthur Schopenhauer: *Los designios del destino. Dos opúsculos de Parerga y Paralipómena.*
103. Jean-Jacques Rousseau: *Escritos polémicos.*
104. Adán Mickiewicz: *El libro de la nación polaca y de los peregrinos polacos.*
105. Jean-Jacques Rousseau: *Carta a D'Alembert sobre los espectáculos.*

106. Christian Thomasius: *Fundamentos de derecho natural y de gentes.*
107. Alexandr Ivánovich Herzen: *Pasado y pensamientos.*
108. *Los primeros Códigos de la humanidad.*
109. Francisco de Vitoria: *La Ley.*
110. Johann Gottlieb Fichte: *La exhortación a la vida bienaventurada o la Doctrina de la Religión.*
111. Pletón (Jorge Gemisto): *Tratado sobre las leyes. Memorial a Teodoro.*
112. Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*
113. Ludwig Wittgenstein: *Últimos escritos sobre Filosofía de la Psicología.* Vol. II.
114. Léon Blum: *La reforma gubernamental.*
115. Henri Bergson: *Las dos fuentes de la moral y de la religión.*
116. Erasmo de Rotterdam: *Educación del príncipe cristiano.*
117. John C. Calhoun: *Disquisición sobre el gobierno.*
118. Carl Schmitt: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.*

71001001395608

CARL SCHMITT (1888-1985) es uno de los grandes juristas de nuestro siglo. Una personalidad rica, polifacética y controvertida. Criticado y alabado por pensadores de muy distintas tendencias, es, sin embargo, reconocido por todos como una gran figura de la que no se puede prescindir al estudiar los problemas jurídicos, sociales y políticos de los dos últimos siglos.

Comienza su andadura intelectual con una clara tendencia a la ficción literaria y al juego a través del lenguaje y las imágenes. De este interés surgen sus primeros escritos. Pero pronto Schmitt cambia de ritmo y de melodía. Guiado por el descubrimiento de la decisión, contrapuesto al *ewiges Gespräch* de la lógica estética, va conformando su carácter político. Schmitt es un jurista, pero sobre todo le ocupa el derecho público, lo cual le obliga no sólo a reflexionar acerca de lo político, sino a encontrarse siempre en el corazón de los acontecimientos de esa índole. Semejante interés le lleva también a vivir de cerca el nacionalismo. Pero por encima de la coyuntura política Schmitt fue un hombre dedicado a la ciencia jurídica, como lo muestran sus numerosos escritos.

La originalidad de su pensamiento se revela en la fuerza para crear conceptos: «amigo-enemigo», «caso excepcional», «pensamiento del orden concreto», «gran espacio», «teología política», «*nomos* de la tierra». Todos ellos son referencia obligada para quien quiera pensar hoy acerca de lo político, de lo jurídico y de la historia.

MONTSERRAT HERRERO es profesora adjunta de Filosofía en la Universidad de Navarra. Autora de la tesis doctoral *El «nomos» y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt,* ha publicado diversos artículos sobre el pensamiento schmittiano.

«Todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconsciente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos. Conforme a esto se determinan los tres modos del pensamiento jurídico que se van a distinguir aquí.»

Colección
Clásicos del Pensamiento

ISBN 84 - 309 - 2932 - 0

9 788430 929320 00118

CREATIVE COMMONS

12291